دراسات من الفقه الجعفري

تقرير البحث

سماحة الأستاذ الأكبر آية الله العظمى الحاج
السيد تقي الطباطبائي القمي

تأليف

الشيخ علي المروجي القزويني

كلى

بسم الله الرحمن الرحیم

دراساتنا من الفقه الجعفری

کاتب:

آیت الله سید تقی طباطبایی قمی

نشرت فی الطباعة:

خیام

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

دراساتنا من الفقه الجعفری

اشاره

عنوان:

دراساتنا من الفقه الجعفری

نام کتابخانه:کتابخانه آستانه مقدس حضرت فاطمه معصومه (س)

پدیدآورنده:

تالیف تقی طباطبائی قمی, گردآورنده علی مروجی

موضوع:

انصاری , مرتضی بن محمدامین , ۱۲۸۱ - ۱۲۱۴ق المکاسب - نقد و تفسیر معاملات (فقه)

شماره ردیف:۱۴۳۵۰

کد عنوان:۱۴۵۵۷

سرشناسه فارسی:طباطبائی قمی , تقی , - ۱۳۰۱

محل انتشار:قم

ناشر:مطبعه الخیام

تاریخ نشر:۱۴۰۰ق ۱۳۵۹ =

سایر شناسه افزوده در مستند عنوان:مروجی, علی, , گردآورنده

رده بندی کنگره:

BP۱۹۰-ط۲د۴

چکیده یا سایر اطلاعات ویژه:وقف , واقف سیدعلی احمدی تلخابی۴۰۰۱۴

نوع مدرك:کتاب

زبان مدرک:عربی

سایر شناسه های افزوده در مستند عنوان:المکاسب

الجزء الثالث

[مقدمه المؤلف]

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

الحمـد للّه رب العـالمین و الصـلاه علی خیر خلقه محمـد و آله الطـاهرین و بعـد فهـذا هـو الجزء الثـالث من کتابنـا الموسوم ب «دراساتنا» و هی أبحاث تلقیتها من محاضرات سماحه سیدنا الاستاذ المحقق الکبیر و الفقیه البصیر حاوی الفروع و الاصول جامع المعقول و المنقول حجه الإسـلام و المسـلمین آیه اللّه العظمی «الحاج السید تقی الطباطبائی القمی» أدام اللّه افاضاته العالیه و قد جعـل دام ظله عنوان البحث کتـاب المکاسب تألیف فخر الشـیعه و محی الشـریعه مؤسـس المبانی الاسـتنباطیه شـملته رحمه ربه الباری الشیخ مرتضی الانصاری قدس سره.

و أسأل اللّه سبحانه و تعالی أن یوفقنی لنشر بقیه مجلداته و ینفعنی بها یوم لا ینفع مال و لا بنون الا من أتی اللّه بقلب سلیم.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۶

المباحث المودعه فی الکتاب

۱- ولایه الاب و الجد فی مال الطفل.

۲- ولایه النّبیّ الاعظم صلی اللّه علیه و آله و الائمه علیهم السلام التکوینیه و التشریعیه بأقسامها الثلاثه.

۳- ولایه الفقیه.

۴- ولایه عدول المؤمنین.

۵- القول فی شرائط العوضین و اشتراط کونهما مالا.

۶- احیاء الموات و بیان أقسام الارضین و احکامها.

۷- کون العوضین طلقا و یتفرع علیه عدم جواز بیع الوقف.

۸- ایجاب الرهن خروج الملک عن کونه طلقا.

۹- اشتراط القدره علی التسلیم فی العوضین.

۱۰- اشتراط العلم بقدر المثمن.

۱۱- جواز التقدير بغير ما يتعارف به التقدير فی صوره عدم الغرر.

۱۲- تعيين المناط فی المكيل و الموزون و تعيين ما اصطلح فيه مفهوم الكيل و الوزن.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۷

۱۳- جاز الاعتماد على اخبار البائع بمقدار المبيع.

۱۴- وجوه بيع متساوی الاجزاء و أقسامه.

۱۵- بيع صاع من صبره.

۱۶- كفايه مشاهده العين فی الزمان السابق على العقد عن

الوصف ان لم يتغير عاده.

١٧- لزوم اختبار الطعم و اللون و الرائحه فيما تختلف باعتبارها القيمه.

١٨- جواز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار.

١٩- جواز بيع المسک فی الفأر.

٢٠- عدم جواز بيع المجهول و ان ضم اليه معلوم.

٢١- الندار.

٢٢- جواز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه.

٢٣- التفقه فی مسائل التجارات.

٢۴- تلقی الركبان.

٢۵- الاحتكار.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ٣، ص: ٨

الكلام فی ولايه الاب و الجد

هل يجوز تصرف الاب و الجد فی مال الصبی؟

اشاره

قوله (قدس سره): (يجوز للأب و الجد أن يتصرفا فی مال الطفل بالبيع و الشراء) «١».

اقول: وقع الكلام عند الاعلام رضوان اللّه عليهم فی جواز تصرف الاب و الجد فی مال الصبی، فذهب الشيخ (قدس سره) الی جوازه مستدلا بالإجماع و الاخبار المستفيضه المصرح بعضها بالجواز، و هو اكثرها، و الدال بعضها الاخر عليه فحوی، و هی الروايات الوارده فی باب النكاح الداله علی سلطنه الاب و الجد علی بضع البنت، فدلالتها علی جواز التصرف فی الاموال فحوی.

و لكن لا يمكن المساعده علی ما استدل به (قدس سره)

(أما الاجماع)

المدعی فی المقام، فيرد عليه ما نقحناه فی محله من عدم قيام دليل علی حجيه المنقول منه، الا اذا حصل العلم باستناد المجمعين

الی رأی المعصوم علیه السّلام. و أنی لنا اثبات ذلک.

و علی تقدیر تسلیم حجیته کبرویا، لا نسلم حجیته فی المقام، لأنه من المحتمل القریب- ان لم یکن مقطوعا به- أن یکون مدرک المجمعین هی الروایات المستفیضه التی

---

(۱)- المکاسب ص ۱۵۲- السطر (۹) طبعه ایران.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۹

ادعاها الشیخ (قدس سره) فی المقام. و سنتعرض لها ان شاء اللّه تعالی.

و (أما الاخبار)

اشاه

فهی أربع طوائف، الا أنها قابله للمناقشه اما سندا، و اما دلاله، فلا یمکن التمسک بها لإثبات المدعی.

(أما الطائفه الاولی) فهی الروایات الوارده فی باب جواز تقدیم الاب جاریه البنت و الابن و وطئها بالملک اذا لم یکن وطأها الابن.

(منها)- ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محبوب، قال:

«کتبت الی ابی الحسن الرضا علیه السلام انی کنت و هبت لابنه لی جاریه حیث زوجتها فلم تزل عندها و فی بیت زوجها، حتی مات زوجها، فرجعت الی- هی و الجاریه، أ فیحل لی أن أطأ الجاریه؟ قال: قومها قیمه عادله، و أشهد علی ذلک، ثم ان شئت فطأها» «۱».

و (منها) ما رواه أیضا محمد بن الحسن باسناده عن الحسین بن سعید، عن فضاله عن أبان، عن اسحاق بن عمار، عن ابی عبد اللّه علیه السّلام.

قال: «سألته عن الوالد یحل له من مال ولده اذا احتاج الیه؟ قال: نعم، و ان کان له جاریه فأراد أن ینکحها قومها علی نفسه و یعلن ذلک؟ قال: و ان کان للرجل جاریه، فأبوه أملک بها أن یقع علیها ما لم یمسها الابن» «۲».

تقریب الاستدلال بهاتین الروایتین أن المستفاد منهما جواز تصرف الاب فی جاریه الولد، بأن یقومها و یطأها، فتدلان علی جواز تصرفه فی أمواله بالاولویه.

و الانصاف عدم تماميه الاستدلال بهذه الطائفه، لأنها ناظره الى جواز تصرفه

---

(۱)- وسائل الشیعه: الجزء (۱۲) الباب (۷۹) من ابواب ما یکتسب به، الحدیث (۱).

(۲)- وسائل الشیعه: الجزء (۱۲) الباب (۷۹) من ابواب ما یکتسب به، الحدیث (۲).

بمقدار حاجته، کما یظهر ذلک من بعض الروایات «۱» الآتیه التی سنذکرها ان شاء اللّه تعالی فی مقام الجواب عن الطائفه الثانیه، و علیه فالدلیل أخص من المدعی، و لا یمکن الاستدلال بالاخص لإثبات الاعم. هذا أولا.

و (ثانیا)- ان الروایتین المذکورتین

واردتان فی باب تزویج الامه، و لا یجوز التعدی عنه الی غیره مع امکان خصوصیه فیه، کما سنلتزم بذلک فی مقام الجواب عن الاخبار الوارده فی باب النکاح.

و (ثالثا) أن مفاد الروایتین أعم من المدعی، لدلالتها علی ولایه الاب علی الولد، و ان کان کبیرا، فکیف یمکن الالتزام به؟.

و (أما الطائفه الثانیه) فهی الروایات الداله علی کون الولد و مملوکه ملکا للأب،

کقوله: (أنت و مالک لأبیک) و هذه الطائفه ذکرت فی ابواب متعدده:

(منها) ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن موسی بن القاسم، عن صفوان، عن سعید بن یسار قال: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السّلام: الرجل یحج من مال ابنه و هو صغیر؟ قال نعم، یحج منه حجه الإسلام.

قلت: و ینفق منه؟ قال: نعم، ثم قال: ان مال الولد لوالده، ان رجلا. اختصم هو و والده الی النّبیّ صلی اللّه علیه و آله فقضی أن المال و الولد للوالد» «۲»

و (منها) ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محبوب، عن العلاء ابن رزین، عن محمد بن مسلم، عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «سألته عن الرجل یحتاج الی مال ابنه؟ قال: یأکل منه ما شاء من غیر سرف، و قال. فی کتاب علی علیه السّلام ان الولد لا یأخذ من مال والده شیئا الا باذنه، و الوالد یأخذ من مال ابنه ما شاء، و له أن یقع

---

(۱)- وسائل الشیعه: الجزء (۱۲) الباب (۷۸) من ابواب ما یکتسب به، الحدیث (۲).

(۲)- وسائل الشیعه: الجزء (۸) الباب (۳۶) من أبواب وجوب الحج و شرائط الحدیث (۱).

علی جاریه ابنه اذا لم یکن الابن وقع علیها، و ذکر أن رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله قال لرجل أنت و مالک

لأبيك» «۱»

و (منها) أيضا ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن ابى حمزه الثمالى.

عن أبى جعفر عليه السّلام «ان رسول اللّه (صلى اللّه عليه و آله) قال لرجل: أنت و مالك لأبيك ... » «۲»

و (منها) ما رواه محمد بن يعقوب عن عده من أصحابنا، عن سهل بن زياد، عن أحمد بن محمد بن أبى نصر عن أبى المغراء، عن عبيد بن زراره، عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال: انى لذات يوم عند زياد بن عبد اللّه اذ جاء رجل يستعدى على أبيه، فقال: اصلح اللّه الأمير إن ابى زوج ابنتى بغير اذنى، فقال زياد لجلسائه الذين عنده:

ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟

فقالوا: نكاحه باطل، قال: ثم أقبل على، فقال: ما تقول يا أبا عبد اللّه فلما سألنى أقبلت على الذين أجابوه، فقلت لهم: أ ليس فيما تروون أنتم عن رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله ان رجلا جاء يستعديه على أبيه فى مثل هذا، فقال له رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله»: أنت و مالك لأبيك؟ قالوا: بلى ... » «۳»

و يمكن أن يقرب الاستدلال بها، بوجهين:

(الاول)- أن يقال: ان مال الولد يكون مالا لأبيه بمقتضى هذه الطائفه من

---

(۱)- وسائل الشيعه. الجزء (۱۲) الباب (۷۸) من أبواب ما يكتسب به و شرائطه الحديث (۱).

(۲)- وسائل الشيعه: الجزء (۱۲) الباب (۷۸) من ابواب ما يكتسب به، الحديث (۲).

(۳)- وسائل الشيعه: الجزء (۱۴) الباب (۱۱) من ابواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث (۵).

الروايات، فاذا ثبتت الصغرى، اعنى كون مال الولد مالا لأبيه انطبق عليها الكبرى المسلمه، أعنى جواز تصرف الناس فى أموالهم، فينتج ان الاب مسلط

شرعا على أموال ولده، فيجوز له أن يتصرف فيها كيفما شاء، كجواز تصرفه فى مال نفسه.

(الثانى)- أن الروايات الداله على كون مال الولد مالا لأبيه حاكمه على أدله المالكيه، بمعنى جعل التوسعه فى موضوع دليلها.

توضيحه: أن الدليل الحاكم. لا بد أن يكون ناظرا الى الدليل المحكوم، اما برفع موضوعه تعبدا، كحكومه قوله: (لا شك لكثير الشك) على قوله: (اذا شككت بين الثلاث و الاربع فابن على الاربع) و اما بتوسعه موضوعه كحكومه قوله: (الفقاع خمر استصغره الناس) على قوله: (الخمر حرام) فانه يجعل موضوع الخمر اوسع منه و من الفقاع، فيكون للخمر فردان، فرد حقيقى (أعنى به الخمر، و فرد ادعائى و هو الفقاع، و اما بتضييق موضوعه، كحكومه قوله: (لأرباب بين الوالد و ولده) على قوله: (حرم الربا) فانه يضيق موضوع حرمه الربا، فلا يشمل الربا الواقع بين الوالد و ولده.

اذا عرفت ذلك فنقول ان حكومه دليل جعل مال الولد لأبيه من قبيل القسم الثانى من الحكومه بمعنى جعل التوسعه فى موضوع الدليل المحكوم، أعنى المالكيه، فيكون للمالك فردان، فرد حقيقى أعنى الولد، و فرد ادعائى أعنى الوالد، فكما أن المالك الحقيقى- أعنى الولد- يجوز له التصرف فى ملك نفسه، فكذلك المالك الادعائى- أعنى به الوالد- فان له أيضا أن يتصرف فى مال ولده، و هو مالك لمال ولده بالتعبد الشرعى.

و لكنه لا يمكن الالتزام بمضمون هذه الطائفه من الروايات لا بالتقريب الاول و لا بالتقريب الثانى، (أما التقريب الاول) فيلزم منه جواز تصرف الوالد فى مال ولده كيفما شاء، و هو ممنوع، لما عرفت سابقا من عدم جواز تصرفه فى مال ولده الا بمقدار حاجته، كما يظهر ذلك من بعض الروايات و هو

ما رواه ابو حمزه الثمالى،

عن أبى جعفر (عليه السّلام).

«ان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله قال لرجل: أنت و مالك لأبيك، ثم قال ابو جعفر عليه السّلام ما أحب أن يأخذ من مال ابنه الا ما احتاج اليه مما لا بد منه ان اللّه لٰا يُحِبُّ الْفَسٰادَ» «۱».

و عليه- فالروايات- الداله، على جواز تصرف الوالد فى مال ولده كيفما شاء معارضه بالروايات الداله على عدم جواز تصرفه فى مال ولده الا بقدر احتياجه، و هى كثيره.

(منها) روايه ابى حمزه الثمالى المذكوره آنفا «۲».

و (منها)- ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محبوب، عن العلاء ابن رزين، عن محمد بن مسلم، عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال: «سألته عن الرجل يحتاج الى مال ابنه؟ قال: يأكل منه ما شاء من غير سرف ...» «۳».

و (منها)- ما رواه محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن عبد اللّه بن محمد، عن على بن الحكم، عن الحسين ابن أبى العلاء قال: «قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف اذا اضطر اليه ...) «۴»

و (منها)- ما رواه محمد بن يعقوب، عن عده من اصحابنا، عن سهل بن زياد

---

(۱)- وسائل الشيعه: الجزء (۱۲) الباب (۷۸) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (۲).

(۲)- وسائل الشيعه: الجزء (۱۲) الباب (۷۸) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (۲).

(۳)- وسائل الشيعه: الجزء (۱۲) الباب (۷۸) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (۱).

(۴)- وسائل الشيعه: الجزء (۱۲) الباب (۷۸) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (۸).

عن على بن

اسباط، عن علی بن جعفر، عن ابی ابراهیم علیه السّلام قال: «سألته عن الرجل یأکل من مال ولده؟ قال: لا الا أن یضطر الیه فیأکل منه بالمعروف و لا یصلح للولد أن یأخذ من مال والده شیئا الا باذن والده» «۱» هذا أولا.

و (ثانیا)- أنه لو کان الوالد أیضا مالکا مستقلا فی مال ولده، بحیث یجوز له التصرف المطلق فیه، لزم تعدد المالکین المستقلین فی ملک واحد، و هو علی تقدیر عدم استحالته- غیر معهود عند العرف و المتشرعه.

أضعف الی ما ذکرنا ما یوجب و هن الروایه، و هو دلالتها علی کون الولد أیضا مملوکا لوالده، و هو باطل بضروره الفقه، فان الحر لا یکون مملوکا شرعا و مما ذکرنا فی التقریب الاول یظهر عدم تمامیه التقریب الثانی أیضا، فانه لا یمکن الالتزام بکون الوالد مالکا للولد و لماله علی الاطلاق، لاستلزامه جواز تصرفه فی الولد و ما بیده کیفما أراد، کجواز تصرفه فی العبد و ما بیده، و هو باطل قطعا.

أضف الی ذلک أن مورد الروایات أعم مما نحن فیه، لدلالتها علی الولایه المطلقه للأب، و ان کان الولد کبیرا، و لم یلتزم به أحد، اذا یدور الامر بین طرح الروایات و بین حملها علی الحکم الخلقی، و لا مجال لطرحها، مع کثرتها فی الابواب المختلفه، فلا بد من الحمل علی الحکم الاخلاقی.

(الطائفه الثالثه)- الروایات الوارده فی باب النکاح الداله علی نفوذ ولایه الاب.

(منها)- ما رواه محمد بن یعقوب، عن محمد بن یحیی، عن احمد بن محمد، عن محمد بن اسماعیل بن بزیع، قال: «سألت أبا الحسن علیه السّلام عن الصبیه یزوجها أبوها، ثم یموت و هی صغیره فتکبر قبل أن یدخل بها زوجها، یجوز علیها التزویج

---

(۱)- وسائل الشیعه: الجزء (۱۲) الباب (۷۸) من

أبواب ما يكتسب به، الحديث (۶).

أو الامر اليها؟ قال: يجوز عليها تزويج أبيها». «۱».

و (منها)- ما رواه محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن عبد اللّه بن محمد، عن على بن الحكم، عن أبان بن عثمان، عن الفضل بن عبد الملک، عن ابی عبد اللّه عليه السّلام فی حديث قال: اذا زوج الرجل ابنه فذاک الی ابنه، و اذا زوج الا بنته جاز» «۲».

و (منها)- ما رواه محمد بن على بن الحسين باسناده عن العلاء، عن ابن أبی يعفور، عن أبی عبد اللّه عليه السّلام قال: لا تنكح ذوات الآباء من الابكار الا باذن آبائهن» «۳».

فان هذه الروايات و ان وردت فی باب النكاح، الا انها تدل على المقصود بالاولويه، توضيح الاستدلال- ان الزواج من الامور التی اهتم بها الشارع، فاذا اجاز توليه الاب فی تزويج ابنه، او ابنته، و نفوذ أمره فيه، أجاز توليته فی الاموال، بطريق أولى.

و الجواب عن ذلک- انا نسلم أن أمر الزواج أهم من الاموال عند الشارع، و لكن نحتمل أن من شده اهتمامه به تساهل فی جمله من مسائله، لتقليل الفحشاء و المنكر، كما أنه امضى نكاح غير المسلمين بقوله «لكل قوم نكاح» «۴» لذلک

اذن- فالتسهيل ناشئ من شده الاهتمام به و مثل هذا التسهيل يعطى

---

(۱)- وسائل الشيعه: الجزء: (۱۴) الباب (۶) من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد، الحديث (۱).

(۲)- وسائل الشيعه: الجزء: (۱۴) الباب (۶) من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد الحديث (۴).

(۳)- وسائل الشيعه: الجزء: (۱۴) الباب (۶) من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد الحديث (۴، ۵).

(۴)- اصول الكافی: الجزء: (۲) الصفحه (۳۲۴).

خصوصـيه للمورد، و هذه الخصوصـيه تمنعنا من تعديه الحكم الى غيره من الموارد- و من الممكن القريب- أن يكون نفوذ أمر الاـب فى بـاب النكـاح لأجـل التسـهيل، فعندئـذ لا يمكن التعـدى بما لا يعلم وجود هـذه الخصوصـيه فيه، و الاهتمام به من قبل الشارع.

(الطائفه الرابعه) الاخبار الوارده، فى باب الوصيه،

الداله على أن من اذن لوصيه فى المضاربه بمال ولده الصغار من غير ضمان جاز له ذلك و لم يضمن.

(منها) ما رواه محمد بن يعقوب عن احمد بن محمد، عن على بن الحسن، عن الحسن بن على بن يونس «يوسف خ ل» عن مثنى بن الوليـد، عن محمـد بن مسـلم عن أبى عبـد اللّه عليه السّـلام انه سـئل رجل أوصـى الى رجل بولـده و بمال لهم و أذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد اذن له فى ذلك و هو حى» «۱».

و (منهـا) مـا رواه محمـد بن يعقـوب، باسـناده عن محمـد بن أبى عمير، عن عبـد الرحمن ابن الحجـاج، عن خالـد «ابن بكير خ» الطويـل قـال: دعـانى أبى حين حضـرته الوفـاه فقال: يا بنى اقبض مال اخوتك الصـغار و اعمل به، و خـذ نصف الربـح و اعطهم النصف و ليس عليـك ضـمان، فقـدمتنى أم ولـد أبى بعـد وفـاه أبى الى ابن أبى ليلى، فقـالت ان هـذا يأكـل أموال ولـدى، قـال فاقتصـصت عليه ما أمرنى به ابى، فقال لى ابن ابى ليلى ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثم أشهد على ابن ابى ليلى ان أنا حركته فأنا له ضامن، فدخلت على أبى عبد اللّه عليه السّلام فقصصت عليه قصتى، ثم قلت له: ما

تری؟

فقال: أما قول ابن أبی لیلا فلا استطیع رده، و اما فیما بینک و بین اللّه عز و جل فلیس

---

(۱)- وسائل الشیعه: الجزء (۱۳) الباب (۹۲) من ابواب احکام الوصایا، الحدیث (۱).

علیک ضمان) «۱»

أقول ان فی هذا الباب روایتین، و هما روایه محمد بن مسلم، و روایه خالد ابن بکیر، و لا یعتمد علیهما، لضعفهما بحسن بن علی بن یوسف او یونس فی الروایه الاولی و بخالد الطویل فی الثانیه، هذا کله من حیث السند، و أما من حیث الدلاله فالظاهر انهما تفیدان المقصود، و لا- مجال لان یقال: ان المستفاد منهما أنه متصرف فی مال نفسه لا فی مال ولده، لعدم انتقال المال الی الوارث حین الوصیه و مما یؤید ذلک ورود الروایتین فی باب نفوذ الوصیه.

فانه یقال: (اولا) ان الوصیه تکون لما بعد الموت و من الواضح ان المال ینتقل الی ورثته بموته فالتصرف فی مال الولد و هو المدعی، و مجرد کون الروایات فی باب نفوذ وصیه الاب لا یدل علی أن نفوذ امره یکون من باب الوصیه و الا یلزم عدم نفوذ تصرفاته اذا کانت اکثر من ثلثه، کما هو کذلک فی باب الوصیه و هذا علی خلاف مدلول الروایتین، فانهما تدلان علی نفوذ أمره فی مطلق الاموال.

و (ثانیا) لو أغمضنا عن الاشکال المذکور و قلنا بعدم انتقال الاموال الی الوارث فان تصرفه فی مال ولده انما یکون تصرفا فی مال نفسه اذا کان جمیع أموال الولد من أبیه، و أما اذا کان له مال لم یرثه من ابیه، بل ورثه من امه مثلا، فلا یکون تصرف الاب فیه حین حیاته تصرفا فی مال نفسه،

و المستفاد من الروايتين نفوذ امره فی مال الولد مطلقا، سواء ورثه من ابیه او من غیره، فاذن لا وجه للمناقشه فی الروایتین من جهه الدلاله کما لا یخفی.

و المتحصل من جمیع ما ذکرنا أن الروایات المستفیضه التی ادعی الشیخ (قدس سره) دلالتها علی جواز تصرف الاب فی مال الطفل، لا یمکن المساعده علیه

---

(۱)- وسائل الشیعه: الجزء (۱۳) الباب (۹۲) من ابواب احکام الوصایا، الحدیث (۲).

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۱۸

لأنها مخدوشه اما سندا و اما دلاله.

و لکن الذی یسهل الخطب ان ولایه الاب و الجد فی اموال الطفل من ضروریات الفقه، و من مرتکزات المتشرعه بما هم کذلک، و لا یعتریها الریب اصلا، و لذا ارسلها الفقهاء کصاحبی الجواهر و الحدائق و غیرهما ارسال المسلمات. «و قد وقع الکلام فی شرائطها».

هل یشترط العداله فی نفوذ تصرف الجد، و الاب.

اشاره

قوله: «و المشهور عدم اعتبار العداله للأصل و الاطلاقات» «۱».

أقول: بعد الفراغ عن ثبوت ولایه الاب، و الجد، فی أموال الصبی،

یقع الکلام فی شرائط جواز التصرف.

(الاول) العداله،

اشاره

و فی اعتبارها وجهان، بل قولان

فما قیل أو یمکن أن یقال فی وجه اشتراط العداله امور.

(۱) الاصل، عدم جعل الشارع للفاسق ولایه علی غیره،

و ان شئت فقل:

الاصل، عدم حصول النقل، و الانتقال ببيع الفاسق.

(٢) أن ولايه الفاسق على الطفل ولايه على من لا يقدر ان يدفع عن نفسه و يصرفه عن ماله،

فيستحيل على الشارع الحكيم ان يجعل الفاسق امينا تقبل اقراراته و يجيز تصرفه فى مال الغير.

و يمكن الجواب عنه (اولا) بانه لا محذور فى جعل الفاسق امينا على مال الغير،

---

(١)- المكاسب، الصفحه (١٥٢) السطر (٩) طبعه ايران.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٩

اذ لا مانع من اجتماع الفسق مع الامانه، اذ بعض الفساق مع عدم تورعه عن ارتكاب اكبر المعاصى يتورع عن اكل مال الغير و لا سيما اموال الصغار و اليتامى.

و (ثانيا) أن القول بنفوذ ولايه الفاسق لا يستلزم جعل المال تحت يده بل يمكن أن يحفظ مال الصغير عند الامين، و الاب يتصرف فيه تصرفا اعتباريا و (عليه) فلا يترتب عليه مفسده كى يستحيل على الحكيم تجويز تصرفاته.

و (ثالثا) ما أجابه الشيخ (قدس سره)- بتوضيح منا- بأنا لا نسلم استحاله جعل الشارع الفاسق امينا، لان الحاكم متى ظهر عنده اختلاف حال أب الطفل، بقرائن الحال، او بجعل المراقب عليه عزله و منعه عن التصرف فى ماله فولايته ثابته ما لم يظهر خلاف أمانته.

و ربما (يرد عليه)- بأن نفوذ ولايه الاب اذا كان فاسقا، اما ان يتوقف على جعل مراقب له، أولا يتوقف عليه، فعلى الاول، يكون جعل الولايه لغوا لعدم ترتب اثر عليه، لان النافذ فى الحقيقه عند الشارع هو امر المراقب لا الولى و لذا يقدم قوله على قولى الولى اذا اختلفا، و على الثاني- يكون جعل المراقب لغوا أيضا، لعدم الحاجه اليه مع نفوذ ولايه الفاسق عليه.

و (الجواب عنه) بأنا نختار الشق الاول و نقول: أن نفوذ تصرفات الفاسق يتوقف على جعل المراقب عليه و لا تكون ولايته لغوا بجعل

الناظر و المراقب، بل امره نافذ فى امور الصبى، الا أنه يشترط فى ذلك كونه تحت نظاره المراقب، و هذا الشرط لا يوجب لغويه المشروط، كما هو لا يخفى فمتولى المدرسه مثلا تصرفاته نافذه، مع رقابه الناظر و جعله ليس لغوا.

و الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان قول الشيخ (قدس سره) «بان الحاكم اذا ظهر عنده اختلاف حال أب الطفل عزله و منعه عن التصرف» لا يرجع الى محصل، لان الفاسق اما أن تسقط قابليته للولايه على الصبى بمجرد ظهور الخيانه، و اما ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۰

لا تسقط فان قلنا: بالاول عزل قهرا و منع عن التصرف فى اموال الصبى بمجرد ظهور الخيانه بلا حاجه الى عزل الحاكم.

و ان قلنا: بالثانى، فلا وجه لعزله بعد كونه منصوبا من قبل اللّه تعالى فلا ينعزل بعزل الحاكم حينئذ، نعم و له أن يمنعه من التصرفات غير المشروعه بجعل المراقب عليه فتلخص أن الوجه الذى أفاده الشيخ (قدس سره) لعدم اشتراط العداله فى الولى لا يساعده التحقيق.

(الثالث) أن القرآن الكريم ينص على عدم ائتمان الفاسق،

فتشترط العداله فى نفوذ ولايه الاب.

اقول: ان المستدل لم يبين مراده من النص، و يحتمل أن يكون مراده منه قوله تعالى: (وَ لَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا) «۱» بتقريب أن الفاسق ظالم و الحكم بنفوذ امره ركون اليه، و احترام له، و هو منهى عنه بالآيه الكريمه.

و يرد عليه (اولا) ان الظاهر من لفظه (الظالم) فى الايه الكريمه ولاه الجور كبنى أميه، و بنى العباس، و غيرهم، فلا يعم المقام، و ان شئت فقل: ان مطلق الفسق ليس بظلم، فلا يصدق الظالم على مطلق الفاسق،- اذن- فالايه الكريمه اجنبيه عن المقام.

(ثانيا) لو كان مطلق الفاسق ظالما، و كان

الحكم بنفوذ أمره ركونا اليه لكانت جمله من المعاملات باطله، لوقوعها مع الفاسق غالبا، و لم يلتزم به احد.

ان قلت: لا نسلم التلازم بين عدم نفوذ امره و بين عدم صحه معاملاته، لان المعامله مع الفاسق لا تكون ركونا اليه، بخلاف الحكم بنفوذ امره و تجويز تصرفاته، فانه ركون اليه، فيكون منهيا عنه بالآيه الكريمه.

قلنا- ان الحكم بنفوذ أمره لا يستلزم تجويز تصرفاته بحيث تجعل الاموال

---

(۱)- سوره هود: الايه (۱۱۳).

تحت يده، ليصدق عليه الركون، اذ يمكن أن يحكم بنفوذ أمره فی التصرفات الاعتباريه، مع عدم جعل الاموال تحت يده، بل يحفظ عند الامين، فما لم تجعل الاموال تحت يده لم يركن اليه.

و (ثالثا) سلمنا أن جعل الولايه للفاسق ركون اليه، الا انه لا دليل على حرمه ركون الشارع اليه، فان المستفاد من الدليل حرمه ركون المكلفين الی الظالم، و اما ركون الشارع اليه فلم يقم دليل على عدمه.

و بعباره اخری- ان ترتب المفسده الموجبه لحرمه الركون الی الظالم يتحقق بركون الامه الی الظالم، و اما ركون الشارع فمفسدته غير معلومه، و لم يقم عليها دليل عقلی و لا نقلی، و الذی يدل على ذلک ما يشاهد فی موارد عديده من امر الشارع بحجيه قول الفساق كحجيه قول ذی اليد و الوكيل و ان كانا فاسقين كما لا يخفی على المتتبع فی ابواب الفقه.

هذا تمام الكلام فيما اذا كان مراد المستدل من النص آيه الركون و يحتمل ان يكون مراده من النص آيه التبيين اعنی قوله تعالی: (إِنْ جاءَكُمْ فاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا) «۱».

(تقريب الاستدلال)، ان الايه الكريمه تدل على عدم قبول قول الفاسق فی اخباره، فلو اخبر عن التصرف الصحيح

فی مال الصبی لا یسمع قوله، و لا یعتمد علیه شرعا، فلا تکون تصرفاته نافذه.

و (الجواب) عنه نقضا، و حلا، أما النقض فبعده من الموارد (منها) ذو الید مثلا، فانه یسمع قوله، و تنفذ تصرفاته و ان کان فاسقا.

و اما الحل:

(اولا) فان عدم سماع قوله شرعا و عدم الاعتماد علیه لا یستلزم عدم نفوذ

---

(۱)- سوره الحجرات، الایه (۷)

معاملاته، فان ضم احدهما الی الاخر کضم الحجر فی جنب الانسان فان ما ثبت من الدلیل عدم سماع قول الفاسق، و أما عدم نفوذ معاملاته فالایه الکریمه اجنبیه عنه.

و اما (ثانیا) فبأنه لو سلمنا دلاله الایه الکریمه علی عدم نفوذ امر الفاسق فانما نسلمه بالعنوان الاولی، فلا تنافی نفوذ امره بالعنوان الثانوی کعنوان ذی الید، او عنوان المقر، او المتجر، او غیرها من العناوین الثانویه کما یستفاد ذلک من بعض الروایات. «۱»

فخلاصه ما ذکرنا ان الوجوه التی ذکروها لاشتراط العداله لا یمکن المساعده علیها، نعم الظاهر ان أصاله عدم الجعل لا یدفعها شی ء کما هو لا یخفی للمتأمل

و یقع الکلام فیما استدلوا به علی عدم اشتراط العداله،

اشاره

و هی أیضا امور.

الامر الاول (الاصل)

أی أصاله عدم ردع الشارع عن السیره العقلائیه القائمه بنفوذ أمر الاب، و الجد، مطلقا سواء کانا عادلین أم لا و الجواب عنه. (اولا) لا نسلم عدم ثبوت الردع من الشارع، فان السیره المذکوره علی تقدیر قیامها مردوعه بعموم الایه، و الروایه.

اما الایه الکریمه فهی قوله تعالی: (وَ لٰا تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ ... * «۲»

فانها باطلاقها تشمل الاب و الجد أیضا، فتکون رادعه للسیره القائمه علی نفوذ امرهما.

و اما الروايه فهى ما رواه الحسين بن زيد، عن الصادق (عليه السّلام) عن آبائه عن

---

(۱)- المرويه فى وسائل الشيعه الجزء (۱۲) الباب (۷۵) من ابواب ما يكتسب به.

(۲)- سوره البقره: الايه ۱۸۸.

النّبىّ (صلى اللّه عليه و آله) فى حديث المناهى قال: و نهى عن بيع ما ليس عندك «۱» و الروايه بهذا المضمون كثيره.

فان المستفاد منها عدم جواز بيع مال الغير، و ان كان البائع هو الاب و الجد، فتكون رادعه للسيره المذكوره، هذا اولا.

و (ثانيا) لو اغمضنا عما ذكرناه و قلنا: بعدم ردع الشارع عن السيره الا انه نقول:

ان مجرد عدم الردع لا يكفى فى حجيتها، ما لم يحرز امضاؤه لها، و اصاله عدم ردع الشارع لا تثبت امضائه الا بالاصل المثبت.

(الامر الثانى) قيام الاجماع المحقق فى باب النكاح على نفوذ امر الفاسق فيه

مع أنه من الامور التى اهتم بها الشارع، فيكون امره نافذا فى غيره بطريق اولى و (الجواب عنه) اولا أنا قد ناقشنا مرارا فى حجيه الاجماع، و لا يحتاج الى الاعاده.

و (ثانيا) لو سلمنا حجيه الاجماع، و أغمضنا عن نقاشها نقول: حيث ان الاجماع دليل لبى لا بد أن يقتصر على مورده، و لا يجوز التعدى الى غيره.

و أما الاولويه المدعاه، فى المقام ممنوعه، لعدم تسليم الاولويه،

فان الحكم بولايه الفاسق فى باب النكاح يمكن أن يكون لمصلحه التسهيل فيه، فان شده الاهتمام بامر النكاح يقتضى نصب ولى يباشره حيثما وجد الكفو لإمكان عدم وجدانه عند التأخير بخلاف الاموال، فيمكن اهمال الامر فيها و ايجاب حفظها- و عليه- فالاولويه تكون فى طرف العكس.

الامر الثالث الاطلاقات الوارده فى المقام،

كقوله: (أنت و مالك لأبيك) «٢» فانها تقتضى أن مال الولد مملوك للأب سواء كان عادلا او فاسقا،

---

(١)- وسائل الشيعه: الجزء (١٢) الباب (١٢) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (١٢).

(٢)- وسائل الشيعه: الباب (١١) من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد، الحديث (۵)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢۴

كما يستفاد ذلك من اطلاق كلمه الاب باجراء مقدمات الحكمه.

و الجواب عنه ما قد بيناه سابقا، من عدم امكان الاخذ بمضمونها للزوم المحاذير المتقدمه و الحق أن يقال كما قلنا سابقا انها روايات أخلاقيه لا تتكفل أحكاما شرعيه ليتمسك باطلاقها لعدم اشتراط العداله.

فتحصل أن الوجوه التى ذكروها لعدم اشتراط العداله أيضا لا يمكن المساعده عليها فالتحقيق أن يقال: ان السيره القطعيه العقلائيه، قامت من زماننا هذا متصلا الى عصر المعصوم عليه السّلام على نفوذ أمر الاب و الجد فى أموال الصغار مطلقا سواء كانا عادلين أو فاسقين، فعدم ردع هذه السيره بمسمع منه عليه السّلام و مرأى، و محلا لابتداء العموم كاشف عن امضائه عليه السّلام ذلك كما هو كذلك فى سائر السير القطعيه.

فتحصل عدم اشتراط العداله فى جواز تصرف الاب و الجد فى أموال الصغار

(الثانى) من الشرائط التى ذكروها لجواز تصرف الاب و الجد عدم لزوم الضرر من تصرفهما على الصبى.

اشاره

اقول: هل يجوز للأب و الجد أن يتصرفا فى مال الصبى فيما اذا كان ذلك ضررا عليه و جهان بل قولان،

فما يمكن أن يقال: او قيل: فى وجه جواز التصرف فى صوره الضرر على الصبى امران.

الامر الاول أن الاصل عدم اشتراط جواز تصرفهما بشی ء،

و بعباره واضحه الاصل، عدم تقید جواز التصرف بقید، فالنتیجه هو الاطلاق، سواء لزم منه الضرر أم لا.

و فیه- ان أصاله عدم القید لا یثبت الاطلاق الا بالاصل المثبت، توضیحه أن الاطلاق و التقیید أمران متضادان فی عالم الثبوت، فان التقیید یحتاج الی لحاظ القید و الاطلاق یحتاج الی لحاظ عدمه ای یحتاج الی لحاظ الطبیعه المرسله، و هذان اللحاظان أمران متغایران، فاثبات الاطلاق باصاله التقیید یکون من باب اثبات

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۲۵

أحد الضدین بجریان الاصل فی الضد الاخر و هو غیر صحیح الا بحجیّه الاصل المثبت، مضافا الی أنه معارض باصاله عدم الاطلاق المثبته للتقیید.

الامر الثانی، اطلاقات الداله علی أن الولد و ماله لأبیه

کقوله علیه السّلام: و أنت و مالک لأبیک «۱» تقریب الاستدلال أن هذه الروایات تدل علی جواز تصرف الاب فی مال ولده سواء کان فی تصرفه ضرر علیه أم لا.

و الجواب عنه (أولا) قد بینا سابقا أن الروایات المذکوره ناظره الی جهه الاخلاقیه، فلا یمکن استفاده الحکم الشرعی منها، لاستلزامه المحاذیر المتقدمه فتکون الروایه اجنبیه عن المقام.

و (ثانیا) انا لو أغمضنا عما ذکرنا من المحاذیر و قلنا بدلالتها علی جواز التصرف مطلقا سواء کان فی ذلک ضرر علی الصبی أم لا، نقول ان هذه الاطلاقات مقیده بعده من الروایات «۲» الداله علی اشتراط جواز التصرف بعدم کونه ضررا علی الصبی و اسرافا فی ماله.

فتلخص أنه یشترط فی جواز تصرف الاب و الجد عدم کونه ضررا علیه.

الثالث من الشرائط التی ذکروها لجواز تصرف الاب و الجد فی مال الصبی مراعاه مصلحتهم فی ذلک.

و ما یمکن أن یستدل به علی عدم اشتراط المصلحه أمور.

(الاول) أن الاصل عدم اشتراطه بالمصلحه،

و فیه أن الاصل معارض بالاصل الجاری فی خلافه أعنی اصاله عدم جواز التصرف فی مال الغیر، و انما خرج عنه ما اذا کان فیه

مصلحه الصبی.

---

(۱)- وسائل الشیعه: الجزء (۱۴) الباب (۱۱) من أبواب عقد النکاح و اولیاء العقد الحدیث (۵)

(۲)- وسائل الشیعه: الجزء (۱۲) الباب (۷۶ و ۷۸) من ابواب ما یکتسب به

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۲۶

(الثانی) اطلاقات الروایات الداله علی ولایه الجد فی النکاح،

معللا بأن (البنت و أباها للجد) «۱»

تقریب الاستدلال- أن الجد اذا کانت له ولایه علی الصبی فی أمر النکاح کما هو المستفاد، من الروایه المذکوره، فولایته فی الاموال تثبت بالفحوی سواء کان ذلک لمصلحتهم أم لا، و کذا تدل علی ذلک الروایات «۲» الداله علی جواز تصرفه بغیر سرف سواء کان ذلک من مصالحهم أم لا، و لکن الطائفتین اجنبیتان عن المقام.

أما الروایات الوارده فی باب النکاح، فقد بینا سابقا اختصاصها بموردها، و لا وجه لتعدیتها الی المقام، لمنع الاولویه المدعاه، کما عرفت سابقا و قلنا: أن الاولویه فی طرف العکس.

و أما الروایات الوارده فی غیر باب النکاح، کروایه «۳» حسین بن أبی علاء فانها وارده فی تصرفات الاب الراجعه الی نفسه و نفقته، و لا یجب علیه فی صرفه مال الولد فی حاجاته رعایه مصلحه الطفل، بل یمکن أن یقال: بأن اعاشه الوالد من مال الولد مصلحه له، لأنه یحفظ به عرضه و اعتباره کما هو ظاهر.

فتحصل: أن الوجوه التی ذکروها لعدم اشتراط المصلحه فی جواز تصرف الاب و الجد لا یمکن المساعده علیها هذا تمام الکلام فی الادله التی أقاموها لاشتراط مراعاه المصلحه.

و اما دلیل اشتراط المصلحه

فهو اطلاق قوله تعالی: «وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْیَتِیمِ

---

(۱)- وسائل الشیعه. الجزء (۱۴) الباب (۱۱) ابواب عقد النکاح و اولیاء العقد، الحدیث (۵)

(۲)- وسائل الشیعه: الجزء (۱۲) الباب (۷۸) من أبواب ما یکتسب به

(۳)- نفس المصدر.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۲۷

إِلّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ» «۱»

وجه الدلاله- ان الایه تدل علی عدم جواز التصرف فی مال الیتیم الا أن یکون فی ذلک مصلحه له، و هی باطلاقها تشمل الجد لصدق الیتیم علی من مات أبوه و بقی جده، و یتم

فى الاب بعدم القول بالفصل، و يظهر من كلام الشيخ

حيث قال «فلو سلم دلالتها» «۲»

المناقشه فى دلاله الايه الكريمه، و لعل نظر الشيخ فى وجه عدم دلاله الايه اما الى عدم صدق اليتيم على الطفل مع وجود الجد، و اما الى أن ما ليس فيه ضرر يصدق عليه الحسن اذ المراد بالاحسن ليس معنى تفضيليا بل المراد هو المعنى الوصفى، و عليه- فالايه الكريمه تدل على عدم جواز التصرف فى مال اليتيم اذا كانت فيه مفسده و على جوازه اذا لم يكن فيه ذلك و أما وجود المصلحه فيه فالايه أجنبيه عنه، و بعد الاغماض عن هذا الايراد بقوله:

(فلو سلم دلالتها) اورد عليه (ثانيا) بأنه على تقدير تسليم دلاله الايه على اشتراط المصلحه فى جواز التصرف تخصص بالروايات «۳» الداله على ولايه الجد بأن له أن يتصرف فى مال الصبى بغير فساد سواء كانت فيه مصلحه أم لا.

(اقول): ان كان نظره (قده) فى عدم دلاله الايه الى عدم صدق اليتيم عليه مع وجود الجد فهذا واضح الفساد، لوضوح صدق اليتيم على من مات أبوه و بقى جده و ان كان نظره فى ذلك الى أن الاحسن فى الايه بمعنى الحسن، ففيه:

(اولا) انه خلاف الظاهر لان ظاهر كل لفظ أن يستعمل فى معناه الحقيقى، ما لم تقم قرينه صارفه على خلافه.

---

(۱)- سوره الانعام، الايه (۱۵۲)

(۲)- المكاسب الصفحه (۱۵۲)- السطر ۳۲

(۳)- الوسائل: الجزء (۱۲) الصفحه (۱۹۵) و الجزء (۱۴) الصفحه (۲۱۸)

و (ثانيا) أنه على فرض تسليم كونه بمعنى الحسن أيضا يدل على المطلوب، لان الحسن لا يطلق على ما ليس فيه صلاح و لا فساد، بل يطلق على ما فيه حسن

و مصلحه، فتدل الایه علی أن جواز التصرف مشروط بأن تکون فیه المصلحه و هو المطلوب.

و (ثالثا) أنه لا وجه لتخصیص الایه بالروایات، و تقدیمها علیها، لان النسبه بینهما اعم من وجه، فان الایه تدل علی عدم جواز التصرف فی مال الیتیم، سواء کان المتصرف أبا أو جدا أو غیرهما الا اذا کانت فیه مصلحه له، و الروایات تدل علی جواز تصرف الاب و الجد فیه سواء کانت فیه مصلحه أم لا فماده الاجتماع تصرف الاب و الجد اذا لم تکن فی تصرفهما مصلحه للصبی، فمقتضی الایه لا یجوز تصرفهما و بمقتضی الروایات یجوز تصرفهما فیتعارضان فیتساقطان.

و (رابعا) انه لا یبعد طرح الروایات الوارده فی المقام و لا یبقی مجال لملاحظه النسبه بینهما لکونها مخالفه للکتاب، فتشمله الروایات الآمره بطرح ما خالف الکتاب و بعباره أخری لو قلنا بان الروایه المخالفه للآیه بالعموم من وجه مخالفه للکتاب فی نظر العرف فلا بد من طرحها.

مسأله - هل الجد یشارک الاب فی الولایه عرضا مع وجود الاب؟

اشاره

قوله: (ثم لا خلاف ظاهرا کما ادعی فی أن الجد و ان علا یشارك الاب فی الحکم) «۱»

أقول: یمکن أن یستدل او استدل به علی مشارکه الجد للأب أمران.

(الاول) قوله صلی الله علیه و آله: (أنت و مالک لأبیک)

«۲» تقریب الاستدلال، ان الولد و ماله یکون لأبیه أعنی الجد، و هکذا القول فی الاجداد العالیه فیکون مال الولد مالا لجده أیضا بالتعبد الشرعی، و له أن یتصرف فیه لجواز تصرف الناس فی أموالهم.

---

(۱)- المکاسب الصفحه (۱۵۳) السطر (۱) طبعه ایران

(۲)- قد بینا انها وردت فی ابواب مختلفه فراجع

و یرد علیه بأنا بینا عدم دلاله الروایه المذکوره علی ولایه الاب فضلا عن ولایه الجد، و الدلیل الذی أقمناه علی ولایه الاب قیام السیره المستمره الی عصر المعصوم علیه السّلام الکاشف عن امضائه علیه السّلام هذه و أما الجد فلا دلیل علی ولایته لعدم قیام السیره علیها و عدم وجود دلیل غیرها فی المقام و أما دعوی عدم القول بالفصل بینهما علی فرض ثبوته لا یجدی فی المقام، لعدم قیام دلیل علی اعتباره، فانه سکوت و لیس بدلیل، نعم ان القول بعدم الفصل دلیل علی فرض حجیه الاجماع الا أنه لم

یثبت فی المقام

(الثانی) الروایات الوارده فی باب النکاح

کقوله علیه السّلام: (ان البنت و أباها للجد) «۱» تقریب الاستدلال- ان للجد ولایه علی الصبی فی باب النکاح بمقتضی الروایه، مع أنه من الامور التی اهتم الشارع بها فتثبت ولایته فی غیره من الاموال بطریق أولی.

و فیه- انا نمنع الاولویه المدعاه فی المقام بل الاولویه تکون فی عکسه فان أشدیه الاهتمام بأمر النکاح یقتضی التسهیل فیه بأن ینصب ولیا یباشره حیثما وجد الکفو، اذ ربما لا یوجد الکفو بعد ذلک کما بینا سابقا.

مسأله- لو فقد الاب و بقی الجد فهل یشارک الجد الاعلی، الجد الادنی فی الولایه أو یختص بها، قول بالشرکه،

و قول بعدمها قال الشیخ (قدس سره) فی المسأله قولان:

وجه القول بالشرکه ظاهر قوله:

«ان الولد و والده لجده) «۲»

و وجه القول بعدم الشرکه، قوله تعالی: (وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلیٰ بِبَعْضٍ)* «۳» حیث ان مقتضی

---

(۱)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۴) الصفحه (۲۱۸)

(۲)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۴) الباب (۱۱) من ابواب عقد النکاح و اولیاء العقد.

(۳)- سوره الانفال، الایه (۷۵)

الایه الکریمه کون القریب أولی من البعید و هو یستلزم نفی الولایه عن البعید. «۱»

و یرد علیه- ان الشیخ (ره) لم یجعل مشارکه الجد، و ان علا للأب محل الخلاف، بل حکم بها بالجزم و القطع، و لکنه جعل مشارکه الاجداد بعضها للبعض الاخر، فی صوره فقدان الاب محل الخلاف، و قال فیه: قولان و لم یظهر لنا وجه الفرق بین المقامین، فان کانت ولایه البعید مع وجود القریب محل الخلاف، فلا بد ان یقع الخلاف فی کلا المقامین و ان لم یکن محل الخلاف، فلا بد أن یکون الحال کذلک فی کلا المقامین، علی أن الحکم بمشارکه الجدّ و إن علا للأب یقتضی مشارکه الاجداد بعضهم لبعض فی حیاه الاب، و من المعلوم أن موت الاب لا

يؤثر فی سقوط الولایه عن الجد الاعلی.

و الحاصل ان الفرق بین الموردین، بجعل المسأله الثانیه محل الخلاف، دون المسأله الاولی بلا وجه، و أما الاستدلال بآیه اولی الارحام فیشکل من جهات.

(الاولی) انه ذهب المفسرون، الی أن الایه الکریمه ناظره الی الاقربیه فی باب الارث، و انه مع وجود القریب، لا تصل النوبه الی البعید، فالایه الکریمه فی مقام ردع ما کان جاریا فی زمن الجاهلیه حیث کانوا یرثون بالمعاقده، فنهت عن ذلک، و دلت علی أن ترکه المیت تکون لأولی أرحامه و أما الارث بالمعاقده، کما کان فی زمن الجاهلیه فمردود.

(الثانیه) انه یمکن أن تکون الایه الکریمه علی نحو القضیه الخارجیه، بمعنی أنه مع وجود الارحام لا تصل النوبه الی الاجنبی و بعباره اخری یمکن أن تکون الایه ناظره الی أن الطبع الاولی یقتضی ذلک و لیست فی مقام جعل الحکم شرعا.

(الثالثه) ان الایه الکریمه فی مقام بیان الکبری، و هی أن اولی الارحام

---

(۱)- المکاسب، الصفحه (۱۵۳) السطر (۲) الطبعه ایران

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۱

بعضهم اولی ببعض، و أما الصغری هل هو الجد، او الاب، فلا دلاله للآیه علیها فلا بد أن تعلم من الخارج.

و بعباره أخری ان القدر المستفاد من الایه الکریمه، ان الاولویه ثابته لبعض الارحام بالنسبه الی البعض، و هذه کبری کلیه، لا بد من تشخیص مصداقها بدلیل آخر.

و الحق أن یقال: ان مقتضی القاعده عدم ولایه الجد الاعلی علی الطفل مع وجود الجد الادنی کما بینا تفصیله فی باب عدم ولایه الجد مع وجود الاب هذا تمام الکلام فی ولایه الاب و الجد و شرائطها.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۲

الکلام فی ولایه النّبیّ (ص) و خلفائه

اشاره

قوله (قدس سره): (من جمله أولیاء التصرف فی

مال من لا يستقل بالتصرف فی أمواله الحاكم «۱».

أقول: و ينبغی لنا أن نبحث فی مقامين.

المقام الاول- فی ولايه النّبیّ (صلی اللّه عليه و آله) و أوصيائه الكرام (عليه السّلام).

(المقام الثانی)- فی ولايه الفقيه.

(أما المقام الأول) [فی ولايه النّبیّ (صلی اللّه عليه و آله) و أوصيائه الكرام (عليه السّلام)]

اشاره

فنقول: و من اللّه التوفيق- ان الولايه علی قسمين- الولايه التكوينيه- و الولايه التشريعيه.

أما الولايه التكوينيه،

فينبغی أن يبحث عنها من جهات.

اشاره

الجهه الاولی- تعريفها.

الجهه الثانيه التكلم فی امكانها ثبوتا.

الجهه الثالثه الاستدلال عليها اثباتا.

اما الولايه التشريعيه- فلا بد أن يبحث عنها أيضا من جهات.

---

(۱)- المكاسب، الصفحه (۱۵۳) السطر (۵) طبعه ايران.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۳

(الجهه الاولی)- تعريفها و بيان أقسامها.

(الجهه الثانيه)- البحث فی امكانها ثبوتا.

(الجهه الثالثه)- الاستدلال عليها اثباتا.

[الجهه الأولى] تعريف الولايه

(أما الجهه الأولى فهى تعريفها) انها مأخوذه من ولى يلى، كوقى يقى، و حقيقتها عباره عن كون زمام أمر شى ء، او شخص بيد احد، و اسناد الولايه الى النّبىّ (صلى اللّه عليه و آله) و الائمه (عليهم السلام) انما هو بلحاظ هذا المعنى، فان زمام الامور كلها بيدهم، و بعباره واضحه أن الولايه التكوينيه، هى الحكومه على الكائنات و الموجودات بالتصرف فيها.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۴

[الجهه الثانيه] البحث فى امكان الولايه ثبوتا و عدمه

الجهه الثانيه فهى امكانها الثبوتى، بأن يقال: هل هى ممكنه لهم أم لا؟

فنقول: انه لا ريب و لا شبهه فى أن ولايتهم، امر ممكن، فى حد ذاتها لعدم لزوم محذور منها عقلا، و لا نقلا، و لا يمتنع أن يختار اللّه سبحانه و تعالى بعض أوليائه الكرام، بان يعطيهم منصب الولايه، و السلطه بأن تكون الموجودات تحت اطاعتهم و أن يتصرفوا فى عالم الكون، و فى اموال الناس و أنفسهم.

لا يقال: كيف يمكن الالتزام بثبوت الولايه التكوينيه لهم، بأن يعتقد ان اختيارات الكون، انما هى بيدهم، و الحال أن ذلك يستلزم اما سلب الاختيار عنه سبحانه و تعالى، و اما الشرك به، لان الملتزم بثبوت ولايتهم على الكون، اما يلتزم بولايه اللّه أيضا أم لا يلتزم بها، بل يعتقد بان هذه الامور فوضت بيدهم، و أنها تحت اختيارهم فقط، فان اعتقد بالاول فهو شرك، و ان اعتقد بالثانى، فهو معنى خروج الاختيار عن يده سبحانه و تعالى.

لأنه يقال: ان القائل بالولايه- لا يعنى بها- الولايه المستقله، الذاتيه لهم، حتى يرد ما قيل، بل مراده منها، ان ولايه النّبىّ (صلى اللّه عليه و آله) و الائمه (عليهم السلام) انما تكون باذنه تعالى و ارادته، مضافه اليه (سبحانه و

تعالی) اضافه اشراقیه، و هی

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۵

کالصور التی تنطبع فی الذهن الانسانی و تنمحی عنه بمجرد غفله الانسان عنها، فلا یبقی له وجود أصلا، فالاضافه الاشراقیه، أیضا کذلک، و بمجرد انقطاع اضافه الرب عن الممکنات لا- یبقی لها وجود أصلا، فان وجود النّبیّ، و الائمه (صلوات اللّه علیهم) و ولایتهم باقیه ببقاء هذه الاضافه، تابعه لها حدوثا و بقاء- و أنت تری- أن الولایه بالمعنی الذی ذکرنا لا یستلزم سلب الاختیار (عنه سبحانه و تعالی) لکونها باختیاره تعالی و ارادته، و کذا لا یستلزم الشرک، لعدم الالتزام بالولایه المستقله لهم، فی قبال ولایه اللّه.

و الحاصل- أن الولایه التکوینیه، أمر ممکن ثبوتها، للنبی (صلی اللّه علیه و آله) و الائمه (علیهم السلام) و لا بد من الالتزام بها، اذا یساعدها الدلیل و کیف یمکن، أن ینکر هذا الامکان الثبوتی، و الحال انک تری أن الولایه فی الجمله ثابته للإنسان، بل لمطلق الحیوان أیضا، فان اختیار بعض الاعضاء بید الحیوان، و له الولایه علی جمله من حرکاته، و ذلک کالبصر و الید، فله أن یتصرف فیهما حسب ارادته، فاذا ثبتت الولایه بمرتبتها الدنیا، لأخس الموجودات فکیف یمتنع ثبوتها بمرتبتها العلیا، لأشرف الموجودات.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۶

[الجهه الثالثه] ذکر الأدله لإثبات الولایه التکوینیه

اشاره

اما الجهه الثالثه و هی مقام الاستدلال علیها اثباتا، فنقول، و اللّه نستعین و ایاه نستمد التوفیق، ان الولایه ثابته بالادله الاربعه.

اما الکتاب

فبآیات (منها) قوله تعالی: «قَالَ عِفْرِیتٌ مِنَ الْجِنِّ أَنَا آتِیکَ بِهِ قَبْلَ أَنْ تَقُومَ مِنْ مَقَامِکَ وَ إِنِّی عَلَیْهِ لَقَوِیٌّ أَمِینٌ» «۱».

تقریب الاستدلال بها- أن الایه تدل علی أن عفریتا من الجن له ولایه علی الکون، و قادر علی الاتیان بعرش بلقیس قبل قیام سلیمان من مقامه، مع بعد المسافه بینهما، فإذا ثبتت الولایه للعفریت، کما هو المستفاد من الایه فتثبت الولایه المطلقه للنبی بطریق أولی، لکونه أفضل منه باعتراف الخصم کیف یقاس التراب علی رب الارباب، و هو العله الغائیه للممکنات کما تدل علی ذلک قوله تعالی: فی حدیث القدسی- لولاک لما خلقت الافلاک-.

و (منها) قوله تعالی: (قَالَ الَّذِی عِنْدَهُ عِلْمٌ مِنَ الْکِتَابِ أَنَا آتِیکَ بِهِ قَبْلَ أَنْ یَرْتَدَّ إِلَیْکَ طَرْفُکَ) «۲»

(۱)- سوره النمل الایه (۳۹)

(۲)- سوره النمل الایه (۴۰)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۷

تقریب الاستدلال بها- ان کلمه من فی الایه للتبعیض فتدل علی أن الآتی بعرش بلقیس، أعنی به آصف بن برخیا کان عنده شی ء من علم الکتاب، نسبته الی المجموع نسبه قطره من الماء فی البحر الاخضر، و مع ذلک کانت له سلطه فی عالم التکوین، و کان متمکنا بأن یأتی بعرش قبل أن یرتد طرف سلیمان و اذا کان آصف مع قله علمه قادرا علی أن یتصرف فی الکون و لو فی الجمله، و کانت له ولایه تکوینیه، کما هو مقتضی الایه، فتثبت ولایه النّبیّ و الائمه (صلوات اللّه علیهم) بالفحوی.

و بعباره اخری- اذا کان من عنده مقدار قطره من الماء فی البحر الاخضر قادرا علی التصرف،

فی التکوینیات، فکیف ینکر ولایه من عنده مجموع البحر الاخضر، و عنده علم الکتاب کله. کما یدل علی ذلک قوله تعالی: «كَفىٰ بِاللّٰهِ شَهِيداً بَيْنِي وَ بَيْنَكُمْ وَ مَنْ عِنْدَهُ عِلْمُ الْكِتٰابِ» بضوء الروایات الوارده فی تفسیرها و هی- متظافره.

(منها) ما رواه السدیر قال کنت أنا و أبو بصیر و یحیی البزاز و داود بن کثیر فی مجلس أبی عبد اللّه علیه السّلام اذ خرج إلینا و هو مغضب فلما أخذ مجلسه قال:

یا عجبا لأقوام یزعمون أنا نعلم الغیب، ما یعلم الغیب الا اللّه عز و جل، لقد هممت بضرب جاریتی فلانه فهربت منی فما علمت فی ای بیوت الدار هی قال سدیر: فلما أن قام من مجلسه و صارفی منزله دخلت أنا و أبو بصیر و میسر و قلنا له: جعلنا فداک سمعناک و أنت تقول کذا و کذا فی أمر جاریتک و نحن نعلم أنک تعلم علما کثیرا و لا ننسبک الی علم الغیب.

قال: فقال: یا سدیر: أ لم تقرأ القرآن؟ قلت بلی، قال: فهل وجدت فیما قرأت من کتاب اللّه عز و جل «قال الذی عنده علم من الکتاب أنا آتیک به قبل أن یرتد إلیک طرفک» قال: قلت: جعلت فداک قد قرأته، قال: فهل عرفت الرجل؟ و هل علمت ما کان عنده من علم الکتاب؟ قال: قلت: أخبرنی به؟

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۸

قال: قدر قطره من الماء فی البحر الاخضر فما یکون ذلک من علم الکتاب؟

قال: قلت: جعلت فداک ما أقل هذا فقال: یا سدیر: ما أکثر هذا أن ینسبه اللّه عز و جل الی العلم الذی أخبرک به یا سدیر، فهل وجدت فیما قرأت من کتاب اللّه عز

و جل أيضا: «قل كفى باللّه شهيدا بينى و بينكم و من عنده علم الكتاب» قال: قلت:

قد قرأته جعلت فداك.

قال: أ فمن عنده علم الكتاب كله أفهم أم من عنده علم الكتاب بعضه؟ قلت:

لا، بل من عنـده علم الكتاب كله. قال: فأومأ بيـده الى صـدره و قال: علم الكتاب و اللّه كله عنـدنا، علم الكتاب و اللّه كله عندنا. «۱»

و (منهـا) ما ذكره على بن ابراهيم عن أبيه و محمـد بن يحيى عن محمـد بن الحسن ذكره جميعا عن ابن أبى عمير عن ابن أذينه عن بريد بن معاويه قال: قلت: لأبى جعفر (عليه السّلام) «قُلْ كَفىٰ بِاللّٰهِ شَهِيداً بَيْنِى وَ بَيْنَكُمْ وَ مَنْ عِنْدَهُ عِلْمُ الْكِتٰابِ «۲»».

قال ايانا عنى و على أولنا و أفضلنا و خيرنا بعد النّبىّ «۳».

و (منهـا) مـا عن محمـد بن على عن أبيه عن على بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبى عمير عن أبـان الاـحمر قال: قال الصادق (عليه السّلام) يا أبان كيف تنكر الناس قول أمير المؤمنين (عليه السّلام) لما قال: «لو شئت لرفعت رجلى هذه فضربت بها صدر ابن ابى سفيان بالشام، فنكسته عن سريره» و لا ينكرون تناول آصف وصى سليمان عرش بلقيس و اتيانه سليمان به قبل أن يرتد اليه طرفه أ ليس نبينـا صـلى اللّه عليه و آله أفضـل الانبياء، و وصـيه أفضل الاوصـياء أ فلا جعلوه كوصـى سـليمان حكم اللّه بيننا و بين من جحد حقنا و أنكر فضلنا «۴»

---

(۱)- اصول كافى الجلد (۱) الصفحه (۲۵۷)

(۲)- سوره الرعد الايه (۴۳)

(۳)- اصول الكافى الصفحه (۲۲۹)

(۴)- بحار الأنوار الجزء (۱۴) الصفحه (۱۱۵) طبع جديد

منها ما رواه احمد بن محمد

عن على بن الحكم عن محمد بن الفضيل عن سعد أبى عمرو و الجلاب عن أبى عبد اللّه (عليه السّلام).

قال: ان اسم اللّه الاعظم على ثلاثه و سبعين حرفا كان آصف منها حرف واحد فتكلم به فخسف الارض ما بينه و بين سرير بلقيس ثم تناول السرير بيده ثم عادت الارض كما كان أسرع من طرفه عين و عندنا نحن من الاسم اثنان و سبعون حرفا و حرف عند اللّه استأثر به فى علم الغيب المكتوب عنده «۱».

و (منها) ما نقل عن كتاب نوادر المعجزات باسناده الى الصدوق عن محمد بن الحسن الصفار عن محمد بن ذكريا عن أبى المعافا عن وكيع عن زادان عن سلمان فى ذيل روايه طويله تركنا ذكرها روما للاختصار قال على (عليه السّلام): يا سلمان أيما أفضل محمد صلى اللّه عليه و آله أم سليمان ابن داود، قلت: بل محمد فقال: يا سلمان فهذا آصف بن برخيا قدر أن يحمل عرش بلقيس من اليمن الى بيت المقدس فى طرفه عين و عنده علم من الكتاب و لا أفعل ذلك و عندى علم مأئه ألف كتاب ... «۲»

و الروايات بهذا المضمون بلغت حد التواتر، و لا أقل من أن تكون متظافره، و لذا لا يحتاج الى البحث عن سندها، مضافا بأن فيها ما يكون معتبرا، من حيث السند أيضا، كما هو غير خفى للمتتبع.

و (منها) قوله تعالى، نقلا عن عيسى (على نبينا و عليه الصلاه و السلام). (أَنِّی قَدْ جِئْتُكُمْ بِآيَهٍ مِنْ رَبِّكُمْ أَنِّی أَخْلُقُ لَكُمْ مِنَ الطِّينِ كَهَيْئَهِ الطَّيْرِ فَأَنْفُخُ فِيهِ فَيَكُونُ طَيْراً بِإِذْنِ اللّهِ وَ أُبْرِئُ الْأَكْمَهَ وَ الْأَبْرَصَ وَ أُحْيِ الْمَوْتى بِإِذْنِ اللّهِ وَ أُنَبِّئُكُمْ بِما تَأْكُلُونَ وَ

مٰا تَدَّخِرُونَ فِی بُیُوتِکَمْ ... «۳»

---

(۱)- بحار الأنوار الجزء (۱۴) الصفحه (۱۱۴) طبع جدید

(۲)- بحار الأنوار الجزء (۱۴) الصفحه (۸۴) طبع قدیم

(۳)- سوره آل عمران، الایه (۴۹)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۴۰

تقریب الاستدلال بها- ان الایه تدل علی أن عیسی کان یبرئ الاکمه، و الابرص، و یحیی الموتی، و هذا هو معنی الولایه التکوینیه، فاذا ثبتت ولایه عیسی بمقتضی الایه، تثبت ولایه النّبیّ (صلی اللّه علیه و آله) و خلفائه (سلام اللّه علیهم) بطریق أولی، لکونهم أفضل منه عند اهل الصواب.

و (منها) قوله تعالی: (أَمْ یَحْسُدُونَ النّٰاسَ عَلیٰ مٰا آتٰاهُمُ اللّٰهُ مِنْ فَضْلِهِ فَقَدْ آتَیْنٰا آلَ إِبْرٰاهِیمَ الْکِتٰابَ وَ الْحِکْمَهَ وَ آتَیْنٰاهُمْ مُلْکاً عَظِیماً) «۱»

تقریب الاستدلال بالآیه، بوجهین.

(الاول) انه فسر فی جمله من الروایات، لعلها تبلغ ستین روایه، تدل علی أن المراد من الملک العظیم، هی الطاعه، و المراد من قوله تعالی: «أَمْ یَحْسُدُونَ النّٰاسَ» الائمه الاطهار (ع)- فانهم محسودون- و مدرک هذه الروایات و مصادرها، کتاب بحار الأنوار الجزء (۲۳) و اصول الکافی، الجزء (۱) باب فرض طاعه الائمه و تفسیر نور الثقلین، و نحن نذکر بعض الروایات من باب التیمن، و التبرک، من أراد أن یطلع علیها تفصیلا فلیرجع الی المصادر المذکوره.

(منها) ما ذکره الحسین بن محمد عن معلی بن محمد عن الوشاء عن حماد بن عثمان عن أبی الصباح قال: سألت أبا عبد اللّه (علیه السّلام) عن قول اللّه عز و جل: «أَمْ یَحْسُدُونَ النّٰاسَ عَلیٰ مٰا آتٰاهُمُ اللّٰهُ مِنْ فَضْلِهِ» فقال: یا أبا الصباح نحن و اللّه الناس المحسودون «۲»

و (منها) ما ذکره محمد بن یحیی، عن أحمد بن محمد، عن الحسین بن سعید عن النضر بن سوید، عن

يحيى الحلبى، عن محمد الاحول، عن حمران بن أعين قال:

قلت لأبى عبد اللّه (عليه السّلام) قول اللّه عز و جل: «فَقَدْ آتَيْنا آلَ إِبْراهِيمَ الْكِتابَ»؟ فقال النبوه، قلت «الحكمه»؟ قال: الفهم و القضاء، قلت «و آتيناهم ملكا عظيما»؟

---

(۱)- سوره النساء الايه (۵۴)

(۲)- اصول الكافى الجزء (۱) الصفحه (۲۰۶) الحديث (۳)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۴۱

فقال: الطاعه «۱».

و الحاصل أن المستفاد من الايه، بضوء هاتين الروايتين أن اطاعه النّبىّ و الائمه واجبه، و مقتضى الاطلاق أن تكون الاطاعه مفروضه على جميع الموجودات بلا تقييد، و من الواضح أنه لا معنى للولايه التكوينيه الا هذا.

(الثانى) أن سليمان بن داود، دعا اللّه سبحانه و تعالى، أن يعطيه ملكا، لا ينبغى لأحد بعده، فاستجاب دعاه، و أعطاه الملك و السلطه على عالم الكون، كما هو صريح عده من الآيات.

و مع ذلك لم يتصفه القرآن بالعظمه، و لكنه وصف الملك الذى أعطاه لآل ابراهيم بالعظمه بقوله تعالى: «فَقَدْ آتَيْنا آلَ إِبْراهِيمَ الْكِتابَ وَ الْحِكْمَةَ، وَ آتَيْناهُمْ مُلْكاً عَظِيماً» «۲»

و اذا كان ملك سليمان مع عدم اتصافه، بالعظمه فى القرآن يقتضى تصرفه فى الكون، فالملك المعطى لآل ابراهيم يقتضى ذلك بطريق أولى.

الا أن التأمل، فى بعض الروايات الوارده، فى المقام يعطى أن المقصود بالملك العظيم، اطاعه أوامرهم كما نقل ذلك فى تفسير البرهان، بسند معتبر عن أبى جعفر (عليه السّلام) فى ذيل الايه الشريفه، فى جواب السائل، حيث سأله ما المراد من الملك العظيم،

قال (عليه السّلام): ان المراد من الملك العظيم، أن جعل فيهم أئمه من اطاعهم اطاع اللّه و من عصاهم عصى اللّه فهو الملك العظيم. «۳»

و (منها) قوله تعالى «وَ لَوْ أَنَّ قُرْآناً سُيِّرَتْ بِهِ الْجِبالُ أَوْ قُطِّعَتْ

بِهِ الْأَرْضُ أَوْ كُلِّمَ بِهِ الْمَوْتى..» «۴».

---

(۱)- اصول الكافى الجزء (۱) الصفحه (۲۰۶) الحديث (۳)

(۲)- سوره النساء الايه (۵۴)

(۳)- تفسير البرهان، الجزء (۱) الصفحه (۳۷۷).

(۴)- سوره الرعد الايه (۳۱).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۴۲

و يمكن أن يقرب الاستدلال بالآيه، بتقريبين.

(الاول) انه يظهر من شأن نزول الايه، كما فى مجمع البيان و غيره، أن مشركى مكه، منهم أبو جهل بن هشام، و عبد اللّه بن اميه المخزومى جلسوا خلف الكعبه، ثم أرسلوا الى النّبىّ (صلى اللّه عليه و آله) فأتاهم فقال له عبد اللّه بن أميه، ان سرك أن نتبعك فسير لنا جبال مكه بالقرآن، فأذهبها عنا حتى تنفسح، فانها ارض ضيقه، و اجعل لنا فيها عيونا، و أنهارا، حتى نغرس و نزرع فلست كما زعمت أهون على ربك من داود (عليه السّلام) حيث سخر لنا الريح، فنركبها الى الشام، فنقضى عليها حوائجنا، ثم نرجع من يومنا، فقد كان سليمان سخرت له الريح.

فكما زعمت لنا، فلست على ربك من سليمان، و احى لنا جدك قصيا أو من شئت من موتانا، لنسأله أحق ما تقول أم باطل، فإن عيسى (على نبينا و عليه السلام) كان يحيى الموتى.

و لست بأهون على اللّه منه، فأنزل اللّه سبحانه و تعالى، هذه الايه، و النّبىّ أيضا صدقهم فى ذلك و لم ينكر وقوع هذه التصرفات، عن الانبياء المذكوره، فوقوع هذه الكرامات و المعاجيز عنهم أمر لا ينكر.

فاذا ثبت هذا المنصب العظيم لانبياء السالفين، يثبت للرسول الاعظم بطريق اولى.

لكونه أفضل منه باعتراف الخصم.

(الثانى) انه يستفاد من بعض الروايات على أن المراد من (القرآن الذى سيرت به الجبال ...) هم الائمه (عليه السّلام) كما تدل على ذلك، ما رواه محمد بن

يحيى، عن أحمد بن أبى زاهر أو غيره، عن محمد بن حماد. عن اخيه أحمد بن حماد، عن ابراهيم عن ابيه عن أبى الحسن الاول (عليه السّلام) قال: قالت له: جعلت فداك أخبرنى عن النّبىّ صلى اللّه عليه و آله ورث النبيين كلهم؟

قال: نعم، قلت من لـدن آدم حتى انتهى الى نفسه؟ قال: ما بعث اللّه نبيا الا و محمـد صـلى اللّه عليه و آله أعلم منه، قال قلت: ان عيسى بن مريم كان يحيى الموتى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ۴٣

بأذن اللّه، قال صدقت و سليمان بن داود كان يفهم منطق الطير و كان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله يقدر على هذه المنازل.

قال: فقال ان سليمان بن داود قال للهدهد حين فقده و شك فى امره «فقال مالى لا أرى الهدهد أم كان من الغائبين» حين فقده.

فغضب عليه فقال: «لأعذّبنّه عذابا شديدا أو لأذبحنه أو ليأتينى بسلطان مبين».

و انما غضب لأنه كان يدله على الماء، فهذا- و هو طائر- قد أعطى ما لم يعط سليمان و قد كانت الريح و النمل و الانس و الجن و الشياطين و المرده له طائعين، و لم يكن يعرف الماء تحت الهواء، و كان الطير يعرفه و ان اللّه يقول فى كتابه:

«و لو أن قرآنا سيرت به الجبال أو قطعت به الارض أو كلم به الموتى» و قـد ورثنا نحن هـذا القرآن الـذى فيه تسير به الجبال و تقطع به البلدان و يحيى به الموتى.. «١»

و أيضا روى بطريق العامه عن على عليه السلام انه قال: (نحن وارث القرآن الذى به تسير الجبال ...) «٢»

و يجب أن لا يخفى عليك ان التقريب الثانى أقرب الى

المقصود و أوفى بافاده المدعى عن التقريب الاول، الا أنه يمكن الاشكال من جهه عدم تماميه سند الروايات فلاحظ.

و (منها) قوله تعالى: (فَسَخَّرْنا لَهُ الرِّيحَ تَجْرِی بِأَمْرِهِ) «۳»

تقريب الاستدلال بها- ان المستفاد من الايه، كون الريح مسخرا بأمر سليمان، فانه كان له ولايه عليها و على غيرها، من الموجودات، كما تدل عليها عده

---

(۱)- اصول الكافى، الجزء (۱) الصفحه (۲۲۶) و هذه الروايه نقلت أيضا فى بصائر الدرجات.

(۲)- ملحقات احقاق الحق الجزء (۷) الصفحه (۵۹۲).

(۳)- سوره ص الايه (۳۵)

من الآيات، فاذا ثبتت ولايه سليمان و جواز تصرفه فى الكون، ثبتت ولايه نبينا بطريق أولى لكونه أفضل منه باعتراف الخصم.

و منها قوله: تعالى: عُلِّمْنا مَنْطِقَ الطَّيْرِ وَ أُوتِينا مِنْ كُلِّ شَيْ ءٍ» «۱».

تقريب الاستدلال بها، ان سليمان، كان عالما بمنطق الطير، و يتكلم معه و اوتى به كل شى ء، فمقتضى اطلاقه، يشمل الولايه التكوينيه أيضا.

فانها أيضا أوتى به، فاذا ثبت ايتاء الولايه لسليمان بالآيه تثبت ولايه النّبىّ و أوصيائه، بالفحوى.

مضافا بأن فى المقام، روايه عن أبى الحسن موسى حيث قال (ع) أوتينا ما أوتى سليمان و ما لم يؤت أحدا من الانبياء «۲» و هذه الروايه، و ان كانت ضعيفه السند، الا أنها مؤيده للمقصود بلا كلام.

و منها قوله تعالى: «كُلَّ شَيْ ءٍ أَحْصَيْناهُ فِی إِمامٍ مُبِينٍ» «۳» بتقريب انه وردت فى بعض الروايات «۴» ان المراد من قوله: «إِمامٍ مُبِينٍ» هو الرسول الاعظم (ص) و على (ع) فتدل الايه، على ان كل شى ء اوتى بالنبى و الائمه حتى الولايه التكوينيه، كما هو مقتضى الاطلاق، فهذه عده من الآيات التى تدل، على ثبوت الولايه المطلقه، للنبى و أوصيائه الكرام، و ان أمكن الاستدلال

على المدعى، بعده من الآيات أيضا، الا أنه خارج عن عهده كتابنا هذا اذا الكتاب فقهى، لا كلامى

و أما الروايات فهى على طائفتين.

اشاره

(الطائفه الاولى) ما دلت على أن النّبىّ و الائمه كان فى وسعهم، التصرف فى

---

(۱)- سوره النمل: ۱۶

(۲)- تفسير نور الثقلين جلد ۴ ص ۴۵۹

(۳)- سوره يس: ۱۲

(۴)- تفسير نور الثقلين، الجزء (۴) الصفحه (۳۷۹)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۴۵

فى الكون و نواميس الطبيعه.

(الطائفه الثانيه)، ما دلت على وقوع ذلك التصرف منهم.

أما (الطائفه الاولى) [ما دلت على أن النّبىّ و الائمه كان فى وسعهم، التصرف فى فى الكون و نواميس الطبيعه.]

فهى فوق حد التواتر، و لذا لا يحتاج الى البحث فى سندها، مع أن ملاحظه بعضها يوجب الوثوق بصدورها، مضافا الى ذلك أن فيها ما تكون معتبره من حيث السند أيضا، و ذكر جميع الروايات الوارده فى الباب خارج عن موضوع كتابنا، و لا احتياج الى ذكر الجميع فنذكر جمله منها من باب التيمن و التبرك.

(منها) ما عن الصادق (ع) سبحان الذى سخر للإمام كل شى ء و جعل له مقاليد السماوات، و الارض لينوب عن اللّه فى خلقه «۱» تقريب الاستدلال بها- انه يستفاد من الروايه، كون كل شى ء، مسخرا للإمام، حتى مقاليد السماوات، و الارض بيده، و اختياره، لينوب عن اللّه فى مخلوقاته، بان يكون امره نافذا فيها، و ليست الولايه المبحوث عنها الا هذا.

و منها ما عنهم (ع) حينما نزل جبرئيل على النّبىّ فى انشقاق القمر، و قال يا رسول اللّه ان اللّه يقرئك السلام، و يقول: لك انى قد امرت كل شى ء بطاعتك. «۲»

تقریب الاستدلال بها، ان کل ما فی الوجود مأمور بطاعه اوامر النّبیّ (ص) کما یستفاد ذلک من قوله تعالی: «قد امرت کل شی ء بطاعتک» و لا نعنی من الولایه إلا هذا.

و منها ما رواه محمد بن یحیی العطار عن احمد بن ابی زاهر عن الحسن بن موسی عن علی بن حسان عن عبد الرحمن بن کثیر قال:

سمعت ابا عبد اللّه (ع) يقول: نحن

---

(۱)- مدينه المعاجز الصفحه (۴۱۲)

(۲)- تفسير القمى فى ذيل تفسير آيه شق القمر.

ولاه امر اللّه و خزنه علم اللّه و عيبه و حى اللّه «۱» فدلالتها على المدعى اوضح من أن يخفى.

و منها ما رواه على بن محمد عن سهل بن زياد عن موسى بن القاسم بن معاويه و محمد بن يحيى عن العمر كى بن على جميعا عن على بن جعفر عن ابى الحسن موسى قال: قال ابو عبد اللّه ان اللّه عز و جل خلقنا فأحسن خلقنا و صورنا فأحسن صورنا و جعلنا خزانه فى سمائه و ارضه و لنا نطقت الشجره «۲»

بتقريب انه يستفاد من الروايه، أن الشجره، نطقت مع الائمه (ع) و ليس هذا، الا من باب الولايه على الكون مضافا الى ذلك يفهم المقصود أيضا من قوله (ع):

و جعلنا خزانه فى سمائه و ارضه فتدبر ...

و (منها) ما عن الباقر (عليه السّلام) و فوض إلينا، امور عباده، فنحن نفعل باذنه ما نشاء، و نحن اذا شئنا شاء اللّه، و اذا أردنا اراد اللّه ... «۳»

و (منها) باب أنهم الحجه على جميع العلائم، و جميع مخلوقات، فى ضمن قصه على و سليمان. «۴»

و (منها) ما عن على ان اسم اللّه أعظم على اثنين و سبعين حرفا، و كان عند آصف ابن برخيا، حرف واحد، فتكلم به فخسف اللّه عز و جل الارض ما بينه و بين عرش بلقيس الى أن قال و عندنا و اللّه اثنان و سبعون حرفا. «۵»

---

(۱)- اصول الكافى المجلد ۱ ص ۲۷۵.

(۲)- اصول الكافى المجلد ۱ ص ۲۷۳.

(۳)- بحار الأنوار الجزء (۷) الصفحه (۲۸۸) طبع

قديم

(۴)- بحار الأنوار الجزء (۷) الصفحه (۳۶۶) طبع قديم

(۵)- نفس المصدر

و (منها) ما ذكر فى باب انهم يقدرون على احياء الموتى، و ابراء الاكمه و الابرص. «۱»

و (منها) ما ذكر فى باب انهم (عليه السلام) سخر لهم السحاب، و يسر لهم الاسباب «۲».

و (منها) ما ذكر فى قصه سليمان و (منها) ما عن على (ع) و اللّه لو شئت لمددت، يدى هذه القصيره، فى أرضكم هذه الطويله، و ضربت بها صدر معاويه بالشام «۳»

و فى هذه الابواب المذكوره، روايات متظافره بل بلغت فوق حد التواتر داله على ولايتهم صلوات اللّه عليهم و أعرضنا عن ذكره روما للاختصار، هذا تمام الكلام فى الطائفه الاولى من الروايات.

الطائفه الثانيه- و هى ما تدل على وقوع التصرف، منهم عليه السّلام.

و هى أيضا، بلغت فى الكثره، فوق حد التواتر، كما هو ظاهر لمن تتبع الروايات الداله على المعجزات الصادره عنهم (ع) و لذا لا يحتاج الى البحث فى سندها و نحن نذكر بعضها تيمنا، ان شئت التفصيل راجع الى الكتب، المفصله، المدونه لذلك.

منها- ما حدث ابو الحسين احمد بن الحسين العطار قال: حدثنى ابو جعفر محمد بن يعقوب الكلينى صاحب كتاب الكافى قال: حدثنى على بن ابراهيم بن هاشم عن الحسين بن محبوب عن الحسن بن رزين القلاء عن الفضل بن يسار عن الباقر عن ابيه عن جده الحسين بن على (ع) قال لما رجع أمير المؤمنين (ع) من قتال اهل

---

(۱)- بحار الأنوار الجزء (۷) الصفحه (۳۶۴)

(۲)- بحار الأنوار الجزء (۷) الصفحه (۳۶۰)

(۳)- بحار الأنوار الجزء (۱۴) من الصفحه (۷۹) الى صفحه (۸۴)

النهروان أخذ على النهروانات و اعمال العراق و لم يكن يومئذ قد بنيت بغداد فلما وافى

ناحیه براثا صلی بالناس الظهر و رحلوا و دخلوا فی أرض بابل و قد وجبت صلاه العصر فصاح المسلمون یا امیر المؤمنین هذا وقت العصر قد دخل.

فقال: امیر المؤمنین (ع) هذه ارض مخسوف بها و قد خسف اللّه بها ثلاثا و علیه تمام الرابعه و لا تحل لوصی ان یصلی فیها و من اراد منکم ان یصلی فلیصل فقال المنافقون نعم هو لا یصلی و یقتل من یصلی یعنون اهل النهروان، قال جویریه بن مسهر العبدی فتبعته فی مائه فارس و قلت و اللّه لا اصلی او یصلی هو، و لأقلدنه صلاتی الیوم قال: و سار امیر المؤمنین علیه السّلام الی قطع ارض بابل و تدلت الشمس- للغروب ثم غابت و احمر الافق قال: فالتفت الی امیر المؤمنین علیه السّلام و قال: یا جویریه هادت الماء قال فقدمت الیه الاداوه فتوضأ ثم قال أذن یا جویریه فقلت فی نفسی اذن العصر و قد غربت الشمس و لکن علی الطاعه فاذنت فقال اقم ففعلت و اذا انا فی الاقامه اذ تحرکت شفتاه بکلام کأنه منطق الخطاطیف لم افهم ما هو فرجعت الشمس بصریر عظیم حتی وقفت فی مرکزها من العصر فقام علیه السلام و کبر و صلی و صلینا ورائه ... الخ «۱».

منها- ما یرفعه الی عمار بن یاسر قال: کنت عند أمیر المؤمنین علیه السّلام و قد خرج من الکوفه اذ عبر بالضیعه التی یقال لها البجله علی فرسخین من الکوفه فخرج منها خمسون رجلا من الیهود، و قالوا: انت علی بن ابی طالب الامام؟

فقال: انا ذا، فقالوا. لنا صخره مذکوره فی کتبنا علیها اسم سته من الانبیاء و ها نحن نطلب الصخره، فلا نجدها فان

کنت اماما فلو جدنا الصخره، فقال علیه السّلام اتبعونی قال عمار: فسار القوم خلف امیر المؤمنین الی ان استطبن بهم البر و اذا بجبل من رمل عظیم فقال علیه السّلام أیتها الریح انسفی الرمل عن الصخره فما کان إلا ساعه نسفت

---

(۱)- کتاب عیون المعجزات ص ۸

الرمل، و ظهرت الصخره «۱»

و (منها) ما ذکر فی باب المحشر، عن عمرو بن مره، قال بینا عند امیر المؤمنین علی بن أبی طالب (علیه السّلام)، اذا تحرکت الارض، فجعل یضربها بیده، ثم قال مالک فلم تجبه، ثم قال مالک فلم تجبه، ثم قال أما و اللّه لو کان هیه لحدثتنی، و انی لأنا الذی تحدث الارض أخبارها أو رجل منی. و رواه الصدوق فی العلل بإسناد آخر. ثم ضرب الارض بیده، ثم قال اسکنی فسکنت «۲».

و (منها) ما روی فی باب سائر ما جری بینه (علیه السّلام) و بین المعاویه، حیث نزل الحسن (علیه السّلام) عن المنبر بعد خطابته، و حضر المحفل رجل من بنی أمیه، و کان شابا فاغلظ للحسن (علیه السّلام) کلامه، و تجاوز الحد فی السب و الشتم له، ولایه، فقال الحسن (علیه السلام): اللهم غیر ما به من النعمه، و اجعله انثی لیعبر به، فنظر الاموی فی نفسه، و قد صار امرأه قد بدل اللّه له فرجه بفرج النساء و سقطت لحیته، فقال الحسن (علیه السّلام) اعزلی ما لک و محفل الرجال فانک امرأه، ثم شاع أمر الشاب الاموی و أتت زوجته الی الحسن (علیه السّلام)، فجعلت تبکی و تتضرع، فرقی له و دعا فجعله اللّه کما کان «۳».

و (منها) ما فی حدیث الطرماح بن عدی و صعصعه بن

صوحان، ان امير المؤمنين (عليه السلام)، اختصم عليه خصمان، فحكم لأحدهما على الاخر، فقال المحكوم عليه ما حكمت بالسويه، و لا عدلت فى الرعيه، و لا قضيتك عند اللّه بالمرضيه فقال امير المؤمنين (عليه السّلام) اخسأ يا كلب، فجعل فى الحال يعوى «۴»

---

(۱)- عيون المعزات، الصفحه (۳۱)

(۲)- بحار الأنوار الجزء (۷) الصفحه (۱۱۲)

(۳)- بحار الأنوار الجزء (۴۴) الصفحه (۹۸) طبع جديد

(۴)- بحار الأنوار الجزء (۴۱) الصفحه (۲۰۸) طبع جديد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۵۲

(۳۴۷) الى (۳۶۲)

و معجزاته فى اطاعه الارضيات من الجمادات و النباتات و تكلمها معه فى الجزء (۱۸) الباب (۳) من صحيفه (۳۶۳) الى (۳۹۰)

و (منها) ما ظهر من اعجازه فى الحيوانات بأنواعها و اخبارها بحقيته و فيه كلام الشاه المسمومه، فى الجزء (۱۷) من البحار، من صفحه (۳۹۰) الى صفحه (۴۲۱) الطبع الجديد.

و (منها) ما ذكر فى باب ما يعاين المؤمن و الكافر عند الموت و حضور الائمه عليهم السلام عند ذلك و عند الدفن، و عرض الاعمال عليهم فى الجزء (۶) من البحار، الصفحه (۱۹۵) الطبع الجديد.

و (منها) ما ذكر فى باب دلاله الامامه، و ما يفرق به بين دعوى المحق و المبطل و فيه قصه حبابه الوالبيه، و بعض الغرائب، فى الجزء (۲۵) من البحار، الصفحه (۱۷۶) الطبع الجديد.

و (منها) ما ذكر فى دعواته و معرفته بجميع اللغات فى الجزء (۱۱) من البحار، الطبع الكمپانى الصفحه (۱۲۲) الى صفحه (۱۵۰) و كذا فى صفحه (۲۳۸) و (۱۵) و ۳۵.

و (منها) ما ذكر فى باب معجزات امام التاسع (عليه السّلام) نقلا عن بصائر الدرجات فى الجزء (۱۲) من البحار، الصفحه (۱۰۷) و كذا فى الجزء (۱۶) الصفحه ۴۳ ما يدل

على معجزاته (عليه السّلام).

و (منها) ما ظهر من معجزاته (عليه السّلام) فى الجمادات و النباتات فى الجزء (۴۱) الصفحه (۲۴۸) الطبع الجديد.

و (منها) ما ذكر فى تفضيلهم على الانبياء، و على جميع الخلق، فى الجزء (۲۶) من البحار الصفحه (۲۶) و (۲۶۷) و غير ذلك من الروايات الوارده فى المقام التى بلغت فوق حد التواتر بحيث لا يبقى ريب فى ثبوت الولايه للنبى و الأئمه صلوات اللّه عليهم لمن كان عنده أدنى التأمل و الانصاف.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۵۳

تنبيه و تحقيق

اذا ثبتت الولايه التكوينيه، للنبى و الائمه، بالآيات و الروايات هل الولايه التشريعيه، أيضا تثبت بنفس هذه الادله، بحيث لا يحتاج الى اقامه دليل مستقل عليها، أم لا يثبت بذلك، بل لا بد من اقامه الدليل عليه؟..

أفاد المحقق الاصبهانى فى حاشيته، أن الاستدلال بما دل على ثبوت الولايه التكوينيه، لا تثبت الولايه التشريعيه، بل لا بد من اقامه الدليل على جعل هذا الاعتبار لهم (ع)، لعدم الملازمه بينهما، اذ ليست إحداهما من مراتب الاخرى، حتى يكون الاستدلال بولايتهم بالمرتبه القويه على المرتبه الضعيفه من باب وجدانهم للمرتبه القويه، يحكم بوجدانهم للمرتبه الضعيفه، بل إحداهما حقيقيه، و الاخرى اعتباريه، فهما متباينان، لا مندرجان تحت حقيقه واحده، حتى يجرى فيه التشكيك، بالشده و الضعف، و يرد عليه أن ما ذكره من تغاير الولايتين، من حيث الوعاء، و ان كان فى غايه المتانه، الا أن ذلك لا يوجب، ان لا تكفى الادله القائمه على الولايه التكوينيه، عن اثبات التشريعيه و السرّ فيه ان اللّه سبحانه و تعالى اعطاهم (ع) منصب الولايه التكوينيه تعظيما، لهم و ترفيعا، لمقامهم، فالجهه الموجبه لإعطاء الولايه التكوينيه يقتضى اعطاء التشريعيه أيضا، ليرتفع

بذلک شانهم (ع) و مقامهم، و علی هذا،

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۵۶

النظر إلی أدله منکری الولایه

اشاره

ربما توهم بعض الاباطیل- ان الالتزام بالولایه للنبی و الائمه غیر صحیح، لأنه التزام بالولایه للغیر، فی قبال ولایه اللّه، و هو مستلزم للشرک، و ان الولایه التکوینیه، منحصره بذاته تعالی، و أما الرسول، فانه انما هو نذیر، و بشیر، و لیس له من الامر شی ء الا البلاغ، و استدل لإثبات مدعاه الباطل، بعده من الآیات، نحن نذکرها و نجیب عنها.

منها قوله تعالی: «لَیْسَ لَکَ مِنَ الْأَمْرِ شَیْ ءٌ أَوْ یَتُوبَ عَلَیْهِمْ أَوْ یُعَذِّبَهُمْ فَإِنَّهُمْ ظالِمُونَ»

«۱». تقریب الاستدلال بها- ان لفظه شی ء، فی الایه، نکره فی سیاق النفی، فهی تفید العموم، فتدل الایه علی عدم ولایه النّبیّ علی شی ء من الامور فالتزام بثبوت الولایه لهم، مردود، بهذه الایه.

و یمکن الجواب عن الاستدلال، بالآیه بوجهین..

الوجه الاول- ان الایه الشریفه، تاره تلاحظ، بظاهرها بلا اتکاء فی تفسیرها علی الروایه، و اخری تلاحظ مع ملاحظه الروایات الوارده فی تفسیر الایه.

---

(۱)- سوره آل عمران: ۱۲۸

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۵۷

و اما علی الاول- اعنی تفسیر الایه بظاهرها بلا ملاحظه الروایات، فالایه- کما تری- اجنبیه عن الدلاله، علی نفی الولایه، لان المراد من قوله تعالی: «او یتوب علیهم او یعذبهم» الکفار، فتکون معنی الایه، ان عذاب الکفار، او قبول توبتهم، لیس بید النّبیّ صلی اللّه علیه و آله بل بیده سبحانه و تعالی و انما وظیفه الرسول، تبلیغ الاحکام فقط- و علیه- فان الایه، لا دلاله لها علی مطلوب الخصم، بوجه من الدلاله، کما هو ظاهر لمن تأمل فی الایه مع سیاقها ...

و اما علی الثانی- بان ینظر الایه، بملاحظه الروایات «۱» الوارده فی تفسیرها فالایه، نزلت فی شأن الامام علی بن أبی طالب (علیه السّلام) فالمراد من الامر، فی الایه، الامر المعهود، اعنی الولایه، فیکون معنی الایه، ان ولایه علی (علیه السّلام)

امرها بيده سبحانه و تعالى، و ليست مجعوله، من قبل النّبىّ (صلى اللّه عليه و آله) كما زعم المنافقون و ليس بيده سبحانه و تعالى، و على هذا أيضا تكون الايه اجنبيه، عن افاده مراد الخصم، بل تظهر منها خلاف مقصوده عند التأمل.

الوجه الثانى- انه نفرض ظهور الايه، فى نفى الامر التكوينى عن النّبىّ (صلى اللّه عليه و آله) و لكننا نقول ان الايه، تدل على نفى الامر الاستقلالى، عنه (صلى اللّه عليه و آله) تنبيها بأنه ليس مستقلا فى الامور فان الامور التى تكون، بيده (صلى اللّه عليه و آله) انما هى باذن اللّه سبحانه و تعالى و ارادته، و نحن أيضا لا نعتقد، الا بهذا المعنى من الولايه.. فان مناصب النّبىّ كلها، انما هى من اللّه سبحانه و تعالى، و ليس له من نفسه شى ء الا ما أعطاه اللّه جل و علا.

فتلخص، ان الايه لا تدل، على نفى ولايه الرسول، على اى حال.

و (منها)- قوله تعالى: [وَ مٰا مُحَمَّدٌ إِلّٰا رَسُولٌ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِ الرُّسُلُ ...]

«وَ مٰا مُحَمَّدٌ إِلّٰا رَسُولٌ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِ الرُّسُلُ أَ فَإِنْ مٰاتَ أَوْ قُتِلَ انْقَلَبْتُمْ عَلىٰ أَعْقٰابِكُمْ وَ مَنْ يَنْقَلِبْ عَلىٰ عَقِبَيْهِ فَلَنْ يَضُرَّ اللّٰهَ شَيْئاً وَ سَيَجْزِي اللّٰهُ

---

(١)- تفسير البرهان المجلد ١ ص ٣١۴ حديث ٢ و ٣

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ۶٠

هو أيضا يكون بتوفيقه و عونه و هذا اعتراف بالعبوديه، و اضافه الحول و القوه اليه تعالى، و الحاصل ان هذه الايه و نظائرها تدل على سلب القدره الاستقلاليه عن النّبىّ صلى اللّه عليه و آله بمعنى انه لا يملك ضرا و لا نفعا بالاستقلال، و اما نفى الولايه التكوينيه المدعاه فى المقام فالايه اجنبيه عنه.

و (ثالثا) يستفاد من بعض الروايات «١» الوارده فى تفسير

الایه، انها نزلت فی ولایه علی علیه السّلام، حیث زعم المنافقون، أن نصبه علیه السّلام للخلافه، هو من عند النّبیّ صلی اللّه علیه و آله، فنزلت الایه علی الرسول الاعظم، لتؤکدان الولایه المطلقه لعلی علیه السّلام مجعوله من قبل اللّه تعالی، و قل للمنافقین انی ما نصب علیا للإمامه بل انما أنا مأمور بابلاغ امامته للناس، و لا أقدر أن اخالف ربی بذلک فلا بدلی من ابلاغ رسالات ربی، اذا أخالف أوامر ربی فلن یجیرنی أحد من عذاب اللّه، و أما اذا بلغت ولایه علی علیه السّلام، و خالفت هوی الناس فاللّه حسبی و کفی، و علی هذا أیضا ان الایه أجنبیه عن الدلاله علی مقصود الخصم کما تری.

و (منها) قوله تعالی: «وَ لاٰ یَأْمُرَکُمْ أَنْ تَتَّخِذُوا الْمَلاٰئِکَهَ وَ النَّبِیِّینَ أَرْبٰاباً أَ یَأْمُرُکُمْ بِالْکُفْرِ بَعْدَ إِذْ أَنْتُمْ مُسْلِمُونَ».

«۲» تقریب الاستدلال به- ان اللّه سبحانه و تعالی، نهی عن أخذ النبیین أربابا، و مع ذلک کیف یجوز الالتزام بولایتهم علی الکون.

(الجواب عنه)- ان کلمه الرب مأخوذه من ربب، و هو المالک المصلح و المربی، و منه الربیبه، و هو لا یطلق علی غیره سبحانه و تعالی، الا مضافا الی شی ء، فیقال: رب السفینه، رب الدار، رب الضیف، اذا عرفت ذلک فنقول:

ان الارباب فی الایه بمعنی الآلهه، فالایه تدل علی النهی عن أخذ النبیین آلهه لا نفسهم،

---

(۱)- تفسیر البرهان الجزء (۵) الصفحه (۳۹۲)

(۲)- سوره آل عمران الایه (۷۹)

و نحن أیضا نقول: بحرمته و أین هذا من الدلاله علی نفی الولایه.

و (منها) قوله تعالی: «فَذَکِّرْ إِنَّمٰا أَنْتَ مُذَکِّرٌ لَسْتَ عَلَیْهِمْ بِمُصَیْطِرٍ»

«۱» تقریب الاستدلال بها- ان اللّه سبحانه و تعالی ینفی صیطره النّبیّ علی الناس، فاذا لم یکن مصیطرا علی الناس، فکیف یکون مصیطرا علی الکون، فانه مذکر لیس الا: و لا یکون له منصب آخر، کما یستفاد ذلک الحصر من کلمه انما.

(الجواب عنه) اولا أن الایه تدل علی سلب السیطره الاستقلالیه عن النّبیّ صلی اللّه علیه و آله بانه لیست قدرته ذاتیه و نحن لا ننکر هذا المعنی، بل نقول ان صیطره النّبیّ و قدرته انما هی باذن اللّه تبارک و تعالی، و الایه لا تنفی المعنی الذی ذکرناه.

و (ثانیا) ان هذه الایه و نظائرها انما تکون فی مقام تسلیه الرسول (صلی اللّه علیه و آله)، و دفع تأثره، بمعنی أنت یا رسول اللّه لا تتأثر من کفرهم و لا تحزن، بعد أداء وظیفتک و رسالتک، فانما أنت مذکر، فقد ذکرتهم أحکام الإسلام، و أما اجبارهم علی الإسلام بالقهر و السیطره فلست مأمورا به.

و (منها) قوله تعالى «مٰا كٰانَ لِي مِنْ عِلْمٍ بِالْمَلَإِ الْأَعْلىٰ إِذْ يَخْتَصِمُونَ»

«۲» تقريب الاستدلال به- أن النّبيّ (صلى اللّه عليه و آله)، اذا نفى علمه بالملا الا على كما هو صريح الايه، فكيف تكون له ولايه على السماء و الارض.

(الجواب عنه) اولا أن الايه تدل على نفى علم الغيب عن النّبيّ (صلى اللّه عليه و آله) و أما الولايه فالايه أجنبيه عنها كما هو واضح.

و (ثانيا) لا نسلم دلاله الايه على نفى علم الغيب عن النّبيّ (صلى اللّه عليه و آله) مطلقا بل انها كنظائرها، تدل على نفى العلم الاستقلالى عنه، كيف يمكن الالتزام بجهل النّبيّ بالملاء الاعلى و الحال ان اللّه سبحانه و تعالى ارى ابراهيم على نبينا و عليه السلام ملكوت

---

(۱)- سوره الغاشيه الايه (۱)

(۲)- سوره ص الايه (۶۹)

دراساتنا من

و الجمع بین الروایـات: یتم بأن تحمل الروایات الـداله، علی نفی علم الغیب علی ما اذا لم یرد الامام أن یعلمه، و لک أن تحملها علی نفی العلم الاستقلالی عنهم صلوات اللّه علیهم.

و تحمـل الروایـات الـداله علی اثبـاته مطلقـا، علی أن الامام اذا أراد أن یعلم شـیئا، یعلمه اللّه تعالی، بقرینه الروایات الـداله، علی ذلـک أعنی الطـائفه الثـالثه. فصـفوه الکلاـم فی المقـام أن النّبیّ و الائمه علیهم السـلام، عالمون بما کان، و بما یکون، و بما هو کائن اذا أرادوا أن یعلموا فان اللّه تعالی یعلمهم ذلک.

و (أما الآیات)، فطائفتان، طائفه منها تدل علی نفی علم الغیب عن غیره سبحانه و تعالی کقوله تعالی: (إِنَّمَا الْغَیْبُ لِلّهِ) «۱» و قوله تعالی (وَ عِنْدَهُ مَفاتِحُ الْغَیْبِ لا یَعْلَمُها إِلّا هُوَ) «۲» و قوله تعالی: (قُلْ لا یَعْلَمُ مَنْ فِی السَّماواتِ وَ الْأَرْضِ الْغَیْبَ إِلَّا اللّهُ) «۳»

و طـائفه أخری منهـا- تـدل علی ثبوت علم الغیب للنبی (صـلی اللّه علیه و آله) و الاـئمه (ع) کقوله تعالی: (عالِمُ الْغَیْبِ فَلا یُظْهِرُ عَلی غَیْبِهِ أَحَداً إِلّا مَنِ ارْتَضی مِنْ رَسُولٍ) «۴» و قال أبو جعفر (علیه السّـلام) «و کان و اللّه محمد ممن ارتضاه» الی أن قال (علیه السّلام) (فهو العلم الذی انتهی الی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله ثم إلینا) «۵»

(فهاتـان الطائفتـان)، و ان کـان بینهمـا التعارض البـدوی، و لکنه عنـد التأمل یجمع بینهما بحسب المتفاهم العرفی، بحمل الآیات النافیه، علی نفی العلم الذاتی

---

(۱)- سوره یونس الایه (۲۰)

(۲)- سوره انعام الایه (۵۹)

(۳)- سوره نمل الایه (۶۷)

(۴)- سوره جن الایه (۲۶ و ۲۷)

(۵)- اصول الکافی الجزء (۱) الصفحه (۲۵۶)

دفعا لتوهم بعض الجهال من الغلاه و غيرهم، حيث كانوا معتقدين بكون الرسول صلى اللّه عليه و آله و الائمه عالمين بالغيب، بالاراده الاستقلاليه، و تحمل الآيات المثبته على كونهم عالمين بذلک باذن اللّه تعالى، و الآيات النافيه لا تنفى هذا المعنى، كما عرفت.

و على هذا لا تعارض بين الطائفتين، لعدم نفى إحداهما ما يثبته الاخرى و بالعكس.

و ان شئت قلت، ان العرف لا يرى التعارض بينهما، فان غايه ما يستفاد من الآيات النافيه عدم كون غيره عالما بالغيب، لكنها مخصصه بالآيات الداله على اعطاء علم الغيب لمن ارتضاه اللّه تعالى و يعطيه.

هذا تمام الكلام فى علم النّبىّ و الائمه و التفصيل فيه خارج عن وضع كتابنا هذا.

و من الآيات التى استدل بها على نفى الولايه التكوينيه قوله تعالى: «قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ يُوحَى إِلَيَّ أَنَّمَا إِلَهُكُمْ إِلَهٌ وَاحِدٌ فَمَنْ كَانَ يَرْجُوا لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلًا صَالِحاً وَ لَا يُشْرِكْ بِعِبَادَهِ رَبِّهِ أَحَداً». «۱»

(تقريب الاستدلال) به أن النّبىّ صلى اللّه عليه و آله، قد اعترف بكونه بشرا كغيره، و انما امتاز عن غيره من جهه واحده فقط، و هى كونه متصلا بالوحى، فى اخباراته، كما يدل على ذلک قوله (يوحى الى) و الالتزام بثبوت الولايه التكوينيه له صلى اللّه عليه و آله خلاف اعترافه.

(الجواب عنه) ان الايه نزلت لدفع بعض التخيلات الفاسده التى كانت داخله فى أذهان الناس و هو انكار نبوه النّبىّ الاعظم صلى اللّه عليه و آله، كما روى ذلک عن الامام أبو محمد العسكرى عليه السّلام عن أبيه، عن على بن محمد فى حديث طويل، فى مناظره جماعه من قريش و عن رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله.

قال: عليه

السلام أنزل اللّه تعالى يا محمد! قل انما أنا بشر مثلكم، يعنى آكل الطعام يوحى الى انما إلهكم إله واحد، يعنى قل لهم: انا فى البشريه مثلكم، و لكن

---

(۱)- سوره كهف الايه (۱۱۰)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۶۶

خصنى ربى بالنبوه دونكم، كما يخص بعض البشر بالغنى و الصحه و الجمال، دون بعض من البشر، فلا تنكروا أن يخصنى أيضا بالنبوه..). «۱»

(و يمكن أن يقال) كما قيل: ان الايه نزلت لدفع بعض التخيلات الفاسده، و هو تخيل ألوهيه النّبىّ بعد مشاهده اعجازه صلى اللّه عليه و آله، و اخباراته عن المغيبات، كى تؤكد أن اخبارات النّبىّ صلى اللّه عليه و آله ليست من نفسه، بل يوحى اليه، و المراد من قوله تعالى (لا يُشْرِكْ بِعِبادَهِ رَبِّهِ..) شرك رياء كما نطقت بذلك روايات وارده عن المعصوم عليهم السلام «۲».

و (منها) «قوله تعالى: قُلْ أَ غَيْرَ اللّهِ أَتَّخِذُ وَلِيًّا فاطِرِ السَّماواتِ وَ الْأَرْضِ»

«۳» بتقريب أن النّبىّ صلى اللّه عليه و آله، ينفى ولايه غيره سبحانه و تعالى كما يدل عليه الاستفهام الانكارى فى الايه، و يثبتها للّه سبحانه و تعالى فقط، فكيف يجوز لنا أن نثبت للنبى ما ينفيه عن نفسه.

(الجواب عنه) أولا أن المستفاد من الايه عدم جواز اتخاذ النّبىّ وليا على نفسه غيره سبحانه و تعالى، و أما غيره من أفراد البشر هل يجوز لهم اتخاذ غيره سبحانه و تعالى وليا على انفسهم أو لا يجوز؟ فالايه أجنبيه عنه، و لا ملازمه بينهما، فان اثبات أحدهما غير مثبت للاخر، و كذا نفيه، فيمكن أن لا يجوز اتخاذ النّبىّ وليا على نفسه من البشر لكونه أفضل منهم، و عدم احتياجه اليهم، و لذا فان عليا عليه السّلام له ولايه على ما سوى اللّه، الا النّبىّ فلا ولايه له

على النّبىّ صلى اللّه عليه و آله لما ذكرنا بخلاف غيره فانه يجوز لهم اتخاذ غيره سبحانه و تعالى من النّبىّ و الائمه وليا على أنفسهم لكونهم محتاجين اليهم فى الدنيا و الآخره.

---

(۱)- تفسير البرهان جلد (۲) الصفحه (۴۹۶)

(۲)- نفس المصدر

(۳)- سوره انعام الايه (۱۴)

ثانيا ان الايه نزلت فى مقام الجواب عن المشركين حيث قالوا: للرسول الاعظم صلى اللّه عليه و آله، ما الباعث على قيامك بهذه الدعوه الاسلاميه فان كانت دعوتك لأجل متاع الدنيا، فنحن نضع أموالنا تحت يدك، أو لأجل أن تكون علينا اميرا، فنحن نتبعك فى ذلك و- عليه- فلا داعى للدعوه لا له غير آلهتنا، حتى تقع المحاربه بينك و بيننا.

فقال النّبىّ صلى اللّه عليه و آله: فى جوابهم ان الغرض من هذه الدعوه، ليس متاع الدنيا، و لا طمع الاماره عليكم، بل أنا مأمور من قبل اللّه سبحانه و تعالى أن أرشد كم الى سبيل الهدايه و النجاه، و لا نريد منكم جزاء و لا شكورا، فانما أجرى على اللّه و هو نعم الولى

و (ثالثا) ان الايه لا ترتبط بالولايه التكوينيه أصلا، فان الولايه فى الايه أمر اتخاذى يوجد و ينعدم بالاخذ و عدمه، و الولايه التكوينيه أمر خارجى، و هذا ظاهر.

و (منها) قوله تعالى: قُلْ لَسْتُ عَلَيْكُمْ بِوَكِيلٍ

«۱» تقريب الاستدلال به- ان النّبىّ اذا لم يكن وكيلا لعده من الناس كما اعترف به نفسه، فكيف تكون له الولايه على ما سوى اللّه سبحانه و تعالى.

و فيه- ان الايه تكون فى مقام بيان أن بعث العذاب من فوقكم أو من تحت أرجلكم يكون من القادر المتعال، و أما أنتم أيها المكذبون سوف تعلمون أن عاقبه تكذيبكم، بآياته سبحانه و تعالى،

يرجع إليكم، و لست عليكم بوكيل، اى لست بحافظ لأعمالكم، حتى اجازيكم بها، انما انا منذر و اللّه سبحانه هو المجازى- فاى ربط بين هذا المعنى و نفى الولايه.

و ملخص الكلام- أن مفاد الايه لا يرتبط بالولايه التكوينيه و عدمها، و على فرض التنزل و تسليم دلالتها، فانها تدل على النفى بالنسبه الى مورد خاص، و أمر

---

(۱)- سوره انعام الايه (۶۶)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۶۸

مخصوص، و لا يستفاد منها العموم.

و (منها) قوله تعالى: «وَ مٰا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِوَكِيلٍ» *

«۱». و تقريب الاستدلال به قد ظهر من تقريب الاستدلال بالآيه السابقه.

و (الجواب عنه) أن النّبىّ صلى اللّه عليه و آله كان اذا رأى اشتياق الناس الى عباده الاصنام، و جعلها شركاء للّه سبحانه تعالى تأثر من ذلك، و كان يسعى لعلهم يتركوا الشرك و لما لم يقدر بذلك كان متأثرا عن شركهم، فنزلت الايه لرفع التأثر و التحسر عن النّبىّ صلى اللّه عليه و آله، يؤكد بأن اللّه سبحانه و تعالى اذا شاء أن يتركوا الشرك قهرا و اجبارا لاضطرهم الى ذلك، الا أنه لم يضطرهم بما ينافى أمر التكليف، و أمرهم بتركه اختيارا ليستحقوا الثواب و المدح عليه، فلم يتركوه فأتوا به من قبل أنفسهم و أنت لست عليهم بوكيل اى لا تقدر أن تجلبهم الى الخير كى لا يشركوا و انما أنت رسول، و عليك البلاغ، و علينا الحساب، و أنت اذا تأملت تعلم أن الايه اجنبيه عن نفى الولايه التكوينيه.

قمّى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ۲ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ۳، ص: ۶۸

و (منها) قوله تعالى: «وَ اللّٰهُ أَعْلَمُ بِأَعْدٰائِكُمْ وَ كَفىٰ بِاللّٰهِ وَلِيًّا، وَ كَفىٰ بِاللّٰهِ نَصِيراً».

«۲» (بتقريب) أن الايه تدل على كونه سبحانه و تعالى كاف عبده، و لا يحتاج الى نصير بعد نصره اللّه له- و عليه- لا وجه للالتزام بولايه غيره.

(و فيه)- أن من عنده أدنى التأمل، لا يتمسك بهذه الايه لنفى الولايه التكوينيه، لان الايه نزلت لتقويه قلوب المسلمين فى مقابل أعدائهم من اليهود، و أخبر سبحانه و تعالى بأنه أعلم بعداوه اليهود، حيث قال: (وَ اللّٰهُ أَعْلَمُ بِأَعْدٰائِكُمْ) أيها المؤمنون، فانتهوا الى

اطاعتی فیما نهیتکم عنه من استنصاحهم فی دینکم فانی أعلم بباطنهم

---

(۱)- سوره انعام الایه (۱۰۷)

(۲)-

سوره نساء الایه (۴۵)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۶۹

منکم، ان ولایه اللّه لکم و نصرته ایاکم، تغنیکم عن نصره هؤلاء الیهود، و من جری مجراهم، ممن تطعمون فی نصرته.

و لست أدری و ان کنت داریا- ان المستدل بأی میزان من الموازین العلمی استدل بهذه الایه، مع ان فساده أظهر من الشمس.

و (منها) قوله تعالی: (وَ تَوَکَّلْ عَلَی اللّهِ وَ کَفی بِاللّهِ وَکِیلًا)

«۱» قد ظهر لک تقریب الاستدلال، من ملاحظه الاستدلال بالآیه السابقه فلا نعید.

و أما جوابه- ان الایه نزلت علی النّبیّ لتؤکد بان الجهال، و ان تولوا عنک، فأعرض أنت عنهم أیضا، و لا تخف منهم (و کفی باللّه وکیلا) و لا احتیاج لک الیهم، فأین هذا من الدلاله علی نفی الولایه التکوینیه.

و (منها) قوله تعالی: «وَ لا یَجِدْ لَهُ مِنْ دُونِ اللّهِ وَلِیًّا وَ لا نَصِیراً»

«۲» (بتقریب) أن الایه صریحه، فی نفی الولایه و النصره عن غیر اللّه سبحانه و تعالی، و هو المطلوب.

و فیه- أن الایه تدل علی نفی الولایه الاستقلالیه، عن غیره سبحانه و تعالی بأن ما سوی اللّه تعالی لا یتمکن، أن یکون ولیا و لا ناصرا بالاستقلال، و هذه عقیدتنا، فلا ینکره أحد من المسلمین، و لکن ولایه النّبیّ صلی اللّه علیه و آله و نصرته، انما یکون باذن اللّه تعالی و ارادته فلا منافاه بین المقامین.

و (منها) قوله تعالی: «هَلْ کُنْتُ إِلّا بَشَراً رَسُولًا»

«۳» (بتقریب) أن النّبیّ صلی اللّه علیه و آله، قد اعترف بعجزه، و قال: صلی اللّه علیه و آله انما أنا بشر مثلکم و لیس لی الا الرساله، فهذا هو المطلوب.

---

(۱)- سوره نساء الایه (۸۱)

(۲)- سوره النساء الایه (۱۲۳)

(۳)- سوره أسری الایه (۹۳)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۷۰

الجواب عنه- ان الکفار قالوا للنبی صلی اللّه علیه و آله (لن نؤمن لک حتی تفجر لنا من الارض ینبوعا أو تکون لک جنه من

نخيل و عنب فتفجر الانهار خلالها تفجيرا) و غير ذلك من الامور المستحيله وقوعها فى الخارج عاده، كما ذكرت فى الايه، فامر اللّه سبحانه و تعالى للنبى قل سبحان ربى، و هو منزه من أن يفعل المعجزات، تابعا للاقتراحات و هذه الاشياء التى سألتموها فلا أقدر بنفسى أن آتى بها، كما لم يقدر من كان قبلى من الرسل، و ان اللّه تعالى انما يظهر الآيات المعجزه على حسب المصلحه، و قد فعل ذلك و من تأمل فى الايه ترى أنها أجنبيه عن الدلاله لنفى الولايه التكوينيه.

و (منها) قوله تعالى: «وَ مٰا أَرْسَلْنٰاکَ عَلَيْهِمْ وَكِيلًا»

«۱» تقريب الاستدلال به قد ظهر من تقريب الاستدلال بالآيه السابقه.

الجواب عنه- ان الايه تدل على أن غفران الناس و عذابهم انما هو باراده اللّه سبحانه و تعالى، و ما أرسلناک موكلا عليهم و لا حفيظا لأعمالهم حتى تدخل الايمان فى قلوبهم بالقهر و الغلبه، شاءوا أم أبوا، فأى ربط بين هذا المعنى و بين الولايه التكوينيه.

و (منها) قوله تعالى: «أَ لَيْسَ اللّٰهُ بِكٰافٍ عَبْدَهُ»

«۲» بتقريب أن القول بولايه النّبىّ، يستلزم عدم كونه سبحانه و تعالى كافيا عبده، و هو ممنوع.

و (فيه) اولا- ان الاستلزام ممنوع. و ثانيا ان الايه راجعه الى أن أجر المحسنين عند اللّه تعالى، و هو يكفى عبده فى ذلك، فاى ربط بين الايه و نفى الولايه؟.

و (منها) قوله تعالى [«قُلِ اللّٰهُ أَعْلَمُ بِمٰا لَبِثُوا لَهُ غَيْبُ السَّمٰاوٰاتِ وَ الْأَرْضِ أَبْصِرْ بِهِ وَ أَسْمِعْ مٰا لَهُمْ مِنْ دُونِهِ مِنْ وَلِيٍّ وَ لاٰ يُشْرِکُ فِی حُكْمِهِ أَحَداً»]

«قُلِ اللّٰهُ أَعْلَمُ بِمٰا لَبِثُوا لَهُ غَيْبُ السَّمٰاوٰاتِ وَ الْأَرْضِ أَبْصِرْ بِهِ

---

(۱)- سوره الاسراء الايه (۵۴)

(۲)- سوره الزمر الايه (۳۶)

وَ أَسْمِعْ مٰا لَهُمْ مِنْ دُونِهِ مِنْ وَلِيٍّ وَ لاٰ يُشْرِکُ فِی حُكْمِهِ أَحَداً» «۱»

تقريب الاستدلال به- أن الالتزام بالولايه التكوينيه لغير سبحانه و تعالى يستلزم الشرک، و هو ممنوع فى الايه.

و الجواب عنه- ان الولايه الثابته للنبى انما كانت هى باذن اللّه تعالى كما تقدم تفصيلها و هل يتوهم العاقل بانها شرک باللّه؟

و (منها) قوله تعالى: [وَ إِنْ كٰانَ كَبُرَ عَلَيْکَ إِعْرٰاضُهُمْ فَإِنِ اسْتَطَعْتَ أَنْ تَبْتَغِيَ نَفَقاً فِی الْأَرْضِ أَوْ سُلَّماً فِی السَّمٰاءِ فَتَأْتِيَهُمْ بِآيَةٍ]

وَ إِنْ کٰانَ کَبُرَ عَلَیْکَ إِعْرٰاضُهُمْ فَإِنِ اسْتَطَعْتَ أَنْ تَبْتَغِیَ نَفَقاً فِی الْأَرْضِ أَوْ سُلَّماً فِی السَّمٰاءِ فَتَأْتِیَهُمْ بِآیَهٍ وَ لَوْ شٰاءَ اللّٰهُ لَجَمَعَهُمْ عَلَی الْهُدیٰ فَلاٰ تَکُونَنَّ مِنَ الْجٰاهِلِینَ «۲»

تقریب الاستدلال به ان اللّه سبحانه و تعالی فی مقام تعجیز النّبیّ عن التصرف فی التکوین بقوله: (فَإِنِ اسْتَطَعْتَ ...) بمعنی أنک لا تقدر علی أن تأتی بشی ء من الامور المذکوره، فمع نفی اللّه سبحانه و تعالی ولایه النّبیّ علی الکون، کیف یمکن لنا أن نلتزم بثبوتها له صلی اللّه علیه و آله.

(الجواب عنه)- اولا ان الناس لما أعرضوا عن الدین الاسلامی و کذبوا النّبیّ صلی اللّه علیه و آله، فتحسر الرسول صلی اللّه علیه و آله من ذلک و تأثر فنزلت الایه تسلیه للرسول بأن لا تحزن لأنک بلغت رسالتک و أنت لا تقدر، علی أن تأتی بشی ء، من الامور المذکوره و التصرف فیها، الا باذن اللّه تبارک و تعالی، و أنت تری أن هذا المعنی لا ینافی الولایه التی ذکرناها للنبی صلی اللّه علیه و آله و الائمه (ع) و خلاصه الکلام أن الایمان و الکفر، أمر ان اختیاریان، و لیس علی الرسول

أن يجبرهم على ذلک، و الا يلزم کون البعث لغوا.

و (ثانيا) أن عدم قدره النّبیّ فی أمر خاص، لا يدل على النفی المطلق کما

---

(۱)- سوره الکهف الايه (۲۶)

(۲)- سوره انعام الايه (۳۵)

هو واضح.

و (ثالثا) أن الولايه التکوينيه التی ندعيها، للنبی صلى اللّه عليه و آله. يکون باجازه اللّه سبحانه و تعالى لا بالاستقلال من نفسه.

و (منها) قوله تعالى: «وَ أَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ لَوْ أَنْفَقْتَ مٰا فِی الْأَرْضِ جَمِيعاً مٰا أَلَّفْتَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَ لٰکِنَّ اللّٰهَ أَلَّفَ بَيْنَهُمْ إِنَّهُ عَزِيزٌ حَکِيمٌ»

«۱» تقريب الاستدلال به- ان النّبیّ لو کانت له ولايه على الانفس، لکان قادرا بتأليف قلوب الناس، و الحال أن اللازم منتف بالآيه، فکذلک الملزوم، أيضا ينتفی بانتفاء اللازم.

الجواب عنه- أن الايه تدل على أن تأليف القلوب مع ما فيه من الصعوبه، لا يمکن أن يحصل بالاسباب الظاهريه، من الانفاق و غيره فلو لم تتعلق به اراده اللّه تعالى، لم يمکن للرسول صلى اللّه عليه و آله، تأليف قلوبهم، و ازاله الضغائن الجاهليه «و لکن اللّه ألف بينهم» بحسن تدبيره و بالاسلام الذی هداهم اليه، و أنت اذا تأملت فی المعنى الولايه التی بيناها سابقا تعلم أن الايه لا اشعار فيها، بنفی الولايه فضلا عن الدلاله عليها. مضافا بأن النفی الخاص لا يفيد للخصم شيئا کما هو اوضح من أن يخفى.

و (منها) قوله تعالى: «إِنَّکَ لٰا تَهْدِی مَنْ أَحْبَبْتَ وَ لٰکِنَّ اللّٰهَ يَهْدِی مَنْ يَشٰاءُ وَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ»

«۲» بتقريب- أن النّبیّ لا يتمکن على هدايه من يحبه من امته، کما هو مفاد الايه، فکيف يمکن الالتزام بولايته على الکون.

و يمکن الجواب عنه حلا و نقضا، أما النقض فی موارد عديده نسبت الهدايه فيها

---

(۱)- سوره الانفال الايه (۶۳)

(۲)- سورة قصص الايه (۵۶)

الى النّبیّ الاعظم صلی اللّه علیه و آله.

(منها) قوله تعالی: «إِنَّمٰا أَنْتَ مُنْذِرٌ وَ لِکُلِّ قَوْمٍ هٰادٍ «۱»»

و (منها) وَ إِنَّکَ لَتَهْدِی إِلیٰ صِرٰاطٍ مُسْتَقِیمٍ «۲»

و (منها) هُوَ الَّذِی أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدیٰ وَ دِینِ الْحَقِّ لِیُظْهِرَهُ عَلَی الدِّینِ*

«۳» و غیر ذلک من الآیات کما هو واضح لمن تأمل فیها. و کذا نسبت الهدایه، الی غیره أیضا، کقوله تعالی: «وَ أَضَلَّ فِرْعَوْنُ قَوْمَهُ وَ مٰا هَدیٰ» «۴»

بتقریب- ان اللّه تعالی ذم فرعون، لعدم هدایته لقومه، فیعلم منه کونه قادرا بذلک، لان غیر المقدور غیر مذموم، و اذا ثبت تمکن فرعون من هدایه قومه، فهل یمکن أن یتوهم العاقل، عدم قدره النّبیّ علی ذلک.

و (منها) قوله تعالی «وَ لَقَدْ أَرْسَلْنٰا مُوسیٰ بِآیٰاتِنٰا أَنْ أَخْرِجْ قَوْمَکَ مِنَ الظُّلُمٰاتِ إِلَی النُّورِ وَ ذَکِّرْهُمْ بِأَیّٰامِ اللّٰهِ إِنَّ فِی ذٰلِکَ لَآیٰاتٍ لِکُلِّ صَبّٰارٍ شَکُورٍ»

«۵» فان موسی علی نبینا و علیه السّلام اذا کان قادرا علی اخراج قومه من الظلمات الی النور، کیف یمکن الالتزام بعجز نبینا من ذلک مع کونه أفضل منه و من جمیع الانبیاء السلف.

و أیضا نسبت الهدایه الی نفس القرآن فی موارد عدیده، تبلغ فی الکثره أزید من عشرین موضعا، و نحن نذکر بعضها من باب التیمن و التبرک.

(منها) قوله تعالی: «إِنَّ هٰذَا الْقُرْآنَ یَهْدِی لِلَّتِی هِیَ أَقْوَمُ»

«۶»

---

(۱)- سوره رعد الایه (۷)

(۲)- سوره الصف الایه (۹)

(۳)- سوره الشوری الایه (۵۲)

(۴)- سوره طه الایه (۷۹)

(۵)- سوره ابراهیم الایه (۵)

(۶)- سوره الاسراء الایه (۹)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۷۴

و (منها) «إِنّا سَمِعْنا قُرْآناً عَجَباً یَهْدِی إِلَی الرُّشْدِ فَآمَنّا بِهِ» «۱»
و (منها) إِنّا سَمِعْنا کِتاباً أُنْزِلَ مِنْ بَعْدِ مُوسی مُصَدِّقاً لِما بَیْنَ یَدَیْهِ یَهْدِی إِلَی الْحَقِّ»

«۲» و اما الحل فبوجهین، الاول انه یظهر من ملاحظه السیاق، ان اللّه سبحانه، ینفی استقلال النّبیّ صلی اللّه علیه و آله، و قد مر منا مرارا أن هدایه النّبیّ، و ولایته انما هی باذن اللّه تعالی، و لا منافات بین الامرین، کما هو واضح.

(الثانی) أن الهدایه قسمان- ارائه الطریق. و الایصال الی المطلوب و الفرق بین هذین المعنیین، أن الثانی یستلزم الوصول الی المطلوب، بخلاف الاول، فان الدلاله علی الشی ء الذی یوصل الی المطلوب، لا تلزم أن تکون موصله الی ما یوصل، فکیف توصل الی المطلوب.

اذا عرفت ذلک فنقول: ان قوله تعالی: «إِنَّکَ لا تَهْدِی مَنْ أَحْبَبْتَ» یمکن أن یحمل علی المعنی الثانی بأن النّبیّ لیس له الایصال الی المطلوب بلی له ارائه الطریق فقط فان شأنه ذلک و الحاصل أن نفی الهدایه عن النّبیّ صلی اللّه علیه و آله لا- یرجع الی محصل، کیف یمکن ذلک مع أنه مبعوث للهدایه، و الإراءه، کما هو واضح لمن عنده أدنی درایه.

و من الآیات التی استدل بها علی نفی الولایه، قوله تعالی: «وَ لَمْ یَکُنْ لَهُ شَرِیکٌ فِی الْمُلْکِ وَ لَمْ یَکُنْ لَهُ وَلِیٌّ مِنَ الذُّلِّ وَ کَبِّرْهُ تَکْبِیراً». «۳»

بتقریب ان الالتزام بالولایه للنبی صلی اللّه علیه و آله، یستلزم الشرک، و هو منفی بالآیه.

---

(۱)- سوره الجن الایه (۲)

(۲)- سوره أحقاف الایه (۳۰)

(۳)- سوره الاسراء الآیه (۱۱۱)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۷۵

و یرد علیه- انا قد ذکرنا سابقا منع الصغری و لا احتیاج الی

الاعاده.

و (منها)- قوله تعالى: «و ما أنتم بمعجزين فى الارض و مالكم من دون اللّه من ولى و لا نصير».

«۱» حيث نفت الايه اعجازه فى الارض فانحصرت الولايه، باللّه سبحانه و تعالى فقط و هو المدعى.

و فيه- قد مر منا مرارا، ان هذه الآيات، تدل على سلب الولايه الاستقلاليه، عن النّبىّ صلى اللّه عليه و آله، و نحن غير منكرين له و نقول: أن ولايته تكون باذنه سبحانه و تعالى.

و الحاصل ان المستفاد من الايه انه لا يمكن الفرار عن سلطانه تعالى، مضافا بأن غايه ما يدعيه الخصم أن الايه تدل على المقصود بالاطلاق لكن نقول: انه تقيد و تخصص بالادله الداله على ولايته صلى اللّه عليه و آله.

و (منها) قوله تعالى: «مَثَلُ الَّذِينَ اتَّخَذُوا مِنْ دُونِ اللّهِ أَوْلِياءَ كَمَثَلِ الْعَنْكَبُوتِ اتَّخَذَتْ بَيْتاً وَ إِنَّ أَوْهَنَ الْبُيُوتِ لَبَيْتُ الْعَنْكَبُوتِ لَوْ كانُوا يَعْلَمُونَ»

«۲». بتقريب أن أخذ ولايه غيره سبحانه و تعالى موهون، لا اعتبار به، فلا بد أن نلتزم بولايه اللّه تعالى، حتى يثبت أقدامنا.

الجواب عنه- ان الايه نزلت فى ذم المنافقين الذين اتخذوا أولياء لأنفسهم، من اليهود، و غيرهم، و تركوا سبيل الرشاد، و أما الولايه التى تكون بامر اللّه تعالى، ليست مصداقه لمفاد هذه الايه، كما ترى.

و (منها) قوله تعالى: «قُلْ لا أَمْلِكُ لِنَفْسِى نَفْعاً وَ لا ضَرًّا ... »

«۳»

---

(۱)- سوره الشورى الآيه (۳۱)

(۲)- سوره عنكبوت الايه (۴۱)

(۳)- سوره أعراف الايه (۱۸۸) و سوره يونس الايه (۴۹)

الجواب عنه- لا بد أن نسأل من هذا المستدل وجه عدم ذكره الايه بتمامها، هل يجوز الاستدلال على اطلاق المستثنى منه، بدون ذكر المستثنى- و أظن- و ان كان الظن لا يغنى من الحق شيئا- ان المستدل لم يذكر المستثنى فى الايه، خوفا لإفادتها خلاف مقصوده و نحن نذكر الايه بتمامها حتى يرى المتأمل المنصف مقدار دلاله الايه و هى قوله تعالى: «قُلْ لا أَمْلِكُ لِنَفْسِى ضَرًّا وَ لا نَفْعاً إِلّا ما شاءَ اللّهُ لِكُلِّ أُمَّهٍ أَجَلٌ إِذا جاءَ أَجَلُهُمْ فَلا يَسْتَأْخِرُونَ ساعَهً وَ لا يَسْتَقْدِمُونَ».

و انها نزلت فی جواب اعتراض المشرکین حیث وعد سبحانه و تعالی المکذبین عذاب القیامه، و آلامها، فاستعجلوا ذلک علی سبیل التکذیب و الرد، و قالوا متی هذا الوعد الذی تعدنا به، فأجاب الرسول صلی اللّه علیه و آله انی لا أملک شیئا من ذلک الا ما مکنی اللّه فکیف أملک تقدیم القیامه، و تعجیل العقوبه، فانهما مرهونا أجلهما (و اذا جاء اجلهم فلا یستأخرون و لا یستقدمون) فالایه أجنبیه عن نفی الولایه.

و (منها) الآیات التی تدل علی أن الرسول صلی اللّه علیه و آله انما یکون له البلاغ،

اشاره

نکتفی بذکر بعضها روما للاختصار.

و (منها) قوله تعالی: «أَ أَسْلَمْتُمْ فَإِنْ أَسْلَمُوا فَقَدِ اهْتَدَوْا وَ إِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمٰا عَلَیْکَ الْبَلاٰغُ». «۱»

و (منها) «فَإِنَّمٰا عَلَیْکَ الْبَلاٰغُ وَ عَلَیْنَا الْحِسٰابُ». «۲»

و (منها) «أَطِیعُوا اللّٰهَ وَ أَطِیعُوا الرَّسُولَ وَ احْذَرُوا فَإِنْ تَوَلَّیْتُمْ فَاعْلَمُوا أَنَّمٰا عَلیٰ رَسُولِنَا الْبَلاٰغُ الْمُبِینُ» «۳»

و (منها) [أطیعوا اللّه و أطیعوا الرسول فان تولوا فانما علیه ما حمل]

«أَطِیعُوا اللّٰهَ وَ أَطِیعُوا الرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمٰا عَلَیْهِ مٰا حُمِّلَ وَ

---

(۱)- سوره آل عمران الآیه (۲۰)

(۲)- سوره رعد الایه (۴۱)

(۳)- سوره مائده الایه (۹۲)

عَلَیْکُمْ مٰا حُمِّلْتُمْ وَ إِنْ تُطِیعُوهُ تَهْتَدُوا وَ مٰا عَلَی الرَّسُولِ إِلَّا الْبَلاٰغُ الْمُبِینُ» «۱».

و استدل بهذه الآیات، أن الرسول مبلغ و نذیر فقط و لیست له الولایه، و أضاف الی ذلک بأن المذکور فی بعض الآیات (البلاغ المبین) و المراد منه هو القرآن المبین، فاذا کان القرآن بهذه المثابه من الوضوح و الابانه، فلا یصح تفسیره بالروایات لعدم

كونهـا، واضـحه، كوضوح القرآن، فان تفسـير القرآن بالروايات تفسـير الواضـح بالمجمل، لان الروايات بعضـها مطلق، و بعضـها الاـخر مجمـل، و بعضـها يعارض بعضـها الاخر، و غير ذلك من الجهات الموجبه لإجمالها، و الحال أن المعرف لا بـد أن يكون الاجلى من المعرف كما ثبت فى محله.

أقول: و فى كلامه مواضع للنظر:

(الاول) ان الآيات المـذكوره، فى مقام بيان أن الرسول قـد أدى وظيفته، بعـد ابلاغ الرساله، و أحكامها و اما اجبارهم على قبولها ليس واجبا عليه، بل عليه الابلاغ و على اللّه الحساب، و أما الولايه التكوينيه، فلا تكون الايه ناظره اليها نفيا و اثباتا.

و (بعبـاره أخرى)- لاـ محـذور فى اثبات مبلغيه النّبىّ صـلى اللّه عليه و آله بهـذه الايه، و ولايته بـدليل آخر فان اثبات الشـى ء لا ينفى ما عداه.

(الثانى) أن الولايه التكوينيه تكون للنبى، لا على النّبىّ و عبر فى الآيات بلفظ عليك.

و (بعبـاره أخرى)- أن الآيـات فى مقـام بيـان أن وظيفه رسول اللّه، انمـا هو بيـان الاحكام، لا شـى ء آخر، و أما الولايه التكوينيه فليست على النّبىّ، فلا تشمل

الایه لها أصلا.

(الثالث)- انا لا نسلم کون القرآن کله ظاهرا بحیث لا یحتاج الی الروایات

---

(۱)- سوره نور الایه (۵۴)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۷۸

الوارده عن اهل البیت، و لا ینقضی تعجبی کیف خفی الامر علی هذا المستدل، مع کونه من أوضح الواضحات، أ فلا ینظر أن فی القرآن متشابها، و محکما و ناسخا، و منسوخا، و مطلقا، و مقیدا.

أما سمع قول امامنا الصادق علیه السّلام، لأبی حنیفه: «أنت ما تعرف کتاب اللّه انما یعرفه، من خوطب به «۱» و نظیر هذا ما روی «۲» انه علیه السّلام، قال: لقتاده و ذمه لأجل انه کان یفسر القرآن برأیه، فاذا کان القرآن، فی غایه الوضوح، بحیث لا یحتاج الی التفسیر بالروایات الصادره عن أهل البیت فلما ذا ذمهما الامام علیه السّلام و قال:

«انما یعرف القرآن من خوطب به» و یدل علی المقصود حدیث الثقلین، فانه یفهم منه ان العتره عدل القرآن.

(الثالث)- من أین علمت أن المراد من البلاغ المبین، هو القرآن الکریم، و ما الدلیل الذی یرشدک الی ذلک، بل المراد منه أن الرسول الکریم، یبین الاحکام و یبلغها الی الناس، باوضح بیان و یؤدیها بالاداء الظاهر الواضح کما هو ظاهر الایه.

و (منها) قوله تعالی: [«وَعَدَ اللّهُ الَّذِینَ آمَنُوا مِنْکُمْ وَ عَمِلُوا الصّالِحاتِ لَیَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِی الْأَرْضِ]

«وَعَدَ اللّهُ الَّذِینَ آمَنُوا مِنْکُمْ وَ عَمِلُوا الصّالِحاتِ لَیَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِی الْأَرْضِ کَما اسْتَخْلَفَ الَّذِینَ مِنْ قَبْلِهِمْ، وَ لَیُمَکِّنَنَّ لَهُمْ دِینَهُمُ الَّذِی ارْتَضی لَهُمْ، وَ لَیُبَدِّلَنَّهُمْ مِنْ بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْناً» «۳»

تقریب الاستدلال به- انه سئل عن أبی عبد اللّه علیه السّلام عن قول اللّه جل و علا (وَعَدَ اللّهُ الَّذِینَ آمَنُوا مِنْکُمْ وَ عَمِلُوا الصّالِحاتِ لَیَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِی الْأَرْضِ کَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِینَ مِنْ قَبْلِهِمْ) قال علیه السّلام هم الائمه «۴» فیستفاد من الایه أربعه مطالب.

---

(۱)- احتجاج

الطبرسی

(۲)- روضه الکافی الجزء (۸) الصفحه (۳۱۹)

(۳)- سوره النور الایه (۵۵)

(۴)- اصول الکافی، الجزء (۱) الصفحه (۲۷۵) الحدیث (۳)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۷۹

(الاول) أن المراد من المستخلفین فی الایه، هم الائمه، کما فسرته بذلک الروایه المذکوره.

(الثانی) أن الائمه لم یکونوا متمکنین من الامور فی عصرهم، و لیمکننهم اللّه تعالی، فی المستقبل بظهور الحجه علیه السّلام.

(الثالث) ان الائمه (ع) مستخلفون فی الارض فقط.

(الرابع) أن وظیفتهم منحصره فی ابلاغ الاحکام فقط. کما کان ذلک وظیفه المستخلفین الذین کانوا من قبلهم و أما غیره من الامور فلیس من شئونهم أن یتصرفوا فیه و لیست لهم ولایه علیه. الجواب عنه.

(اولا) أن التمسک بالروایات لتفسیر الآیات خلاف ما بنی علیه المستدل، قبل سطور من أن القرآن هو البلاغ المبین، و لا یحتاج أن یفسر بالروایات، بل تفسیره بها غیر صحیح کما زعم، لتفسیر الواضح بالمجمل. و کأنه حصل له النسیان، و لا أتعجب منه فانه من الآثار الوضعیه للکذب، فانه یوجب السهو و النسیان، و یوقع علی الهلاکه و النیران، و لو کان الخصم تسلیما فی مقابل الروایات الصادره من أهل البیت (ع) لم یکن محتاجا الی قیل و قال، و طلب الاستدلال لان الروایات الداله علی ثبوت الولایه التکوینیه للإمام مستفیضه لو لم تکن متواتره.

و (ثانیا) انه یحتمل أن تکون الایه. راجعه الی الرجعه، بأن تکون معناها ان الائمه و ان غصب حقهم، الا أن اللّه سبحانه و تعالی یمکنهم، بعد الرجعه، لیأخذوا حقوقهم من الغاصبین.

و (ثالثا) یمکن أن تکون الایه لبشاره أهل البیت بالاستخلاف و التمکن فی البلاد، و ارتفاع الخوف عنهم عند قیام المهدی عجل اللّه تعالی فرجه الشریف.

و (رابعا) أن السابقین المستخلفین فی الارض

أيضا كانوا متمكنين من التصرف.

أ ليس سليمان كان متمكنا على أن يتصرف فى الكون؟ مع كونه من المستخلفين.

أ ليس عيسى كان يبرئ الاكمه، و الابرص، و يحيى الموتى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۸۰

و (خامسا) أن عدم تمكن الائمه فى عصر هم، انما كان بالنسبه الى سلطنتهم الظاهريه، و ليستخلفنهم اللّه فى الارض باعطاء السلطنه لهم و هذا لا ينافى قدرتهم على التصرف فى الكون، فى جميع الادوار و الازمنه فانقدح مما ذكرنا أنهم كانوا كسابقين متمكنين فى كونهم ذا ولايه تكوينيه، كما انه ظهر أن استخلافهم فى الارض فى المستقبل انما هو بالولايه الظاهريه، و هذا لا ينافى ثبوت الولايه التكوينيه لهم فى جميع الادوار، كما أن اثبات ولايتهم الظاهريه فى الارض لا ينافى كونهم قادرين على التصرف فى جميع العوالم، كما يشهد بذلك ما صدر عنهم (ع) بالنسبه الى خلفاء زمانهم، و ما صدر عنهم من المعجزات، و خوارق العادات، مع كونهم بحسب الظاهر مكتوف اليد.

فتلخص أن الوجوه التى تمسك بها الخصم، لإثبات مرامه لا يرجع الى محصل.

هذا تمام الكلام فى الولايه التكوينيه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۸۱

الكلام فى الولايه التشريعيه

اشاره

أقول: قد عرفت سابقا أن الولايه التشريعيه أيضا لا بد أن يبحث عنها من جهات.

(الاولى) فى تعريفها.

(الثانيه) فى امكانها ثبوتا.

(الثالثه) بيان أقسامها.

(الرابعه) الاستدلال عليها اثباتا.

أما (تعريفها)

– فقد بينا، سابقا، بأن الولايه، حقيقتها. كون زمام أمر شى ء بيد شخص.

و أما (امكانها)

– فلا ريب فيه أصلا لعدم لزوم المحذور منه لا العقلى، و لا النقلى، كما هو واضح.

و أما بيان أقسامها،

فانها على ثلاثه أقسام.

(الاول) بمعنى وجوب اطاعه الولى على الناس، فى جميع امورهم العاديه، و الشخصيه، و السياسيه، و الاجتماعيه.

(الثانى) بمعنى التوليه لبيان الاحكام الشرعيه، و بعباره واضحه انها بمعنى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٨٢

وجوب اطاعته، فى أوامره الشرعيه.

(الثالث) بمعنى الولايه فى الاموال، و الانفس، فالولايه بهذا المعنى تتصور على وجهين،

(الاول) استقلال الولى بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطا باذنه، فتكون ارادته عله تامه لجواز التصرف.

(الثانى)– عدم استقلال غيره بالتصرف، و كون تصرف الغير منوطا باذنه.

و أما الاستدلال عليها اثباتا

اشاره

فلا بد لنا من اقامه الدليل على اثبات الولايه التشريعيه بأقسامها الثلاثه أقول:

قبل الخوض فى ذكر الاستدلال لا بد لنا أن نبحث عن مقتضى الاصل،

اشاره

بأن مقتضاه هل ثبوت الولايه على الغير أم لا؟

قال الشيخ (قدس سره): (أن مقتضى الاصل، عدم ثبوت الولايه، لأحد بشى ء من الامور المذكوره) «۱»

أقول: ان الولايه التشريعيه بجميع معانيها، خلاف الاصل اللفظى، و العملى، أو خلاف المتسالم بين العقلاء، و المتشرعه.

أما الاصل اللفظى،

فهو كقوله: لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه «۲» و كقوله: (الطلاق بيد من أخذ بالساق) «۳» أو ما يؤدى هذا المفاد و غير ذلك من الادله الوارده فى الموارد الخاصه، فان مقتضاها عدم جواز التصرف، فى أموال الغير، و نفسه، و شئونه، و انما لكل شخص ولايه على أموال نفسه فقط، و لا يجوز أن يتصرف فى مال الغير، بدون رضاه، و كذا ليس لأحد الزام الغير بأمر، فان كل شخص مسلط

---

(۱)- المكاسب، الصفحه (۱۵۳) السطر (۱۵) طبعه ايران

(۲)- وسائل الشيعه، الجزء (۳) الباب (۳) من أبواب مكان المصلى

(۳)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۵) الباب (۴۲) من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

على نفسه، كما يكون مسلطا على ماله. و كذا الطلاق فانه انما يقع صحيحا اذا صدر من الاخذ بالساق لا عن غيره.

و أما الاصلى العملى،

فهو اصاله عدم تأثير عقد شخص، و ايقاعه فى مال غيره، و اصاله عدم ثبوت ولايته على الاموال، و الانفس بحسب ما تقتضيه القواعد الاوليه، و أما بحسب ما تقتضيه الادله الثانويه فنقول:

قال الشيخ (قدس سره) (و انما خرج عن هذا لأصل، خصوص النّبىّ و الائمه بالادله الاربعه) «۱»

أقول قد عرفت مما ذكرنا أن الاصل عدم ثبوت ولايه أحد على غيره، فاثبات الولايه للنبى، أو الولى، يحتاج الى دليل يوجب خروجهما عن هذا الاصل.

فها أنا أشرع بذكر الادله الداله على ثبوت الولايه، للنبى صلى اللّه عليه و آله، و الائمه عليه السلام

اشاره

أقول:

أما القسم الاول من الولايه، أعنى وجوب اطاعتهم على الناس فى جميع أمورهم، العاديه، و الشخصيه، و السياسيه

اشاره

فيمكن الاستدلال عليه، بالادله الاربعه، من الكتاب و السنه و الاجماع، و العقل.

أما الكتاب فبآيات

(منها) قوله تعالى: «فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ»

، «۲» بتقريب- أن كلمه أمر، مصدر اضيفت الى الضمير، و اضافه المصدر عند عدم العهد يفيد العموم، كما حقق فى محله، فيكون الحذر متوجها الى مخالفه جميع أوامر النّبىّ صلى اللّه عليه و آله من الشخصيه، و العاديه، و العرفيه، و السياسيه، و غيرها، و من المعلوم انه لا- يتوجه الحذر، الا- بترك الواجب، لأنه لا- يتصور معنى معقولا- للحذر بترك الاوامر الاستحبابيه، فاذا ثبت وجوب اطاعه أوامر النّبىّ، بالآيه، تثبت وجوب اطاعه أوامر الائمه عليهم السلام بعدم الفصل.

---

(۱)- المكاسب، الصفحه (۱۵۳) السطر (۱۵) طبعه ايران.

(۲)- سوره النور. الايه (۶۳)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۸۴

و (منها) (مَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَ لَا مُؤْمِنَهٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَ رَسُولُهُ أَمْراً أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَهُ مِنْ أَمْرِهِمْ

«۱». بتقريب أن اطلاق لفظه أمر فى الايه تشمل جميع الامور، فتكون معنى الايه أن كل شى ء أمر الله و رسوله به، فليس لأحد مخالفته، و هذا هو المطلوب.

و (منها) قوله تعالى: «أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ». «۲»

و (منها) قوله تعالى: «مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ»

«۳» تقریب الاستدلال بهما ان الآیتین تدل علی وجوب اطاعه اللّه و رسوله و اولی الامر منکم، و لم یذکر متعلق الاطاعه فیهما، فان حذف المتعلق یفید العموم، فیکون اطاعه جمیع أوامر النّبیّ صلی اللّه علیه و آله و اولی الامر علیهم السلام واجبه، و هو المقصود، و یمکن أن نتمسک بآیات اخری أیضا لإثبات الولایه التشریعیه، الا انه أغمضنا عن ذکرها روما للاختصار.

و أما الروایات

فهی کثیره کما ذکرت جمله منها فی اصول الکافی (باب فرض طاعه الائمه)، و نحن نکتفی بذکر بعضها.

و (منها) ما ذکره علی بن ابراهیم عن أبیه، عن حماد بن عیسی، عن حریز، عن زراره، عن أبی جعفر علیه السلام قال: ذروه الامر و سنامه و مفتاحه و باب الاشیاء و رضا الرحمن تبارک و تعالی الطاعه للإمام بعد معرفته.

ثم قال: ان اللّه تبارک و تعالی یقول: «مَنْ یُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطٰاعَ اللّٰهَ وَ مَنْ تَوَلّٰی فَمٰا أَرْسَلْنٰاکَ عَلَیْهِمْ حَفِیظاً» «۴»

---

(۱)- سوره الاحزاب، الایه (۶۳)

(۲)- سوره نساء الایه (۵۹)

(۳)- سوره الحشر الایه (۷)

(۴)- اصول الکافی، الجزء (۱) الصفحه (۱۸۵) الحدیث (۱)

و (منها) ما ذکره الحسین بن محمد الاشعری، عن معلی بن محمد، عن الحسن بن علی الوشاء، عن أبان بن عثمان، عن أبی الصباح.

قال: أشهد أنی سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول: أشهد أن علیا امام فرض اللّه طاعته و أن الحسن امام فرض اللّه طاعته و أن الحسین امام فرض اللّه طاعته و أن علی بن الحسین امام فرض اللّه طاعته و أن محمد بن علی امام فرض اللّه طاعته. «۱»

و (منها) ما ذکره محمد بن یحیی، عن أحمد ابن محمد بن عیسی، عن

محمد بن الخالد البرقی، عن القاسم بن محمد الجوهری، عن الحسین بن أبی العلاء.

قال: قلت: لأبی عبد اللّه علیه السّلام- الاوصیاء طاعتهم مفترضه.

قال: نعم هم الذین قال اللّه عز و جل «أَطِیعُوا اللّهَ وَ أَطِیعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِی الْأَمْرِ مِنْکُمْ» و هم الذین قال اللّه عز و جل (إِنَّما وَلِیُّکُمُ اللّهُ وَ رَسُولُهُ وَ الَّذِینَ آمَنُوا الَّذِینَ یُقِیمُونَ الصَّلاهَ وَ یُؤْتُونَ الزَّکاهَ وَ هُمْ راکِعُونَ) «۲».

فهذه جمله من الروایات الداله باطلاقها علی وجوب اطاعتهم علیهم السلام فی جمیع أوامر هم الشخصیه، و العادیه، و العرفیه، و غیرها، و لا احتیاج الی البحث فی سندها لکثره الروایات فی الباب بحیث توثق صدور بعضها عن المعصوم علیهم السلام.

و أما (الاجماع)

فهو من الامور المسلمه القطعیه یعلمها الجمیع حتی المخدرات تحت الحجاب. و ان شئت فقل ان وجوب اطاعتهم عند الشیعه من أوضح الواضحات.

و أما (الدلیل العقلی)

فیمکن أن یقرب بوجهین.

(الوجه الاول) حکم العقل المستقل بوجوب اطاعه النّبیّ صلی اللّه علیه و آله و الائمه علیهم السلام بعد معرفه أنهم اولیاء النعم.

---

(۱)- اصول الکافی، الجزء (۱) الصفحه (۱۸۶) الحدیث (۲)

(۲)- اصول الکافی، الجزء (۱) الصفحه (۱۸۹) الحدیث (۱۶)

توضیحه أن وجود المکلف، و جمیع ما أنعم علیه من الکمالات، و الاموال و الاولاد من اللّه سبحانه و تعالی، باعتبار أنه منعم حقیقی، و من رسوله، و الائمه باعتبار أنهم وسائط، فلو أمروا بشی ء، فمقتضی الشکر اطاعتهم، و العقل یحکم بوجوب شکر المنعم.

و الحاصل أن مخالفه النّبیّ صلی اللّه علیه و آله، و الائمه علیهم السلام، فی أوامرهم الشخصیه، و العادیه، و العرفیه، و غیرها کفران لإحسانهم، و هو قبیح عقلا، و اطاعتهم فی ذلک شکر لهم، فهو حسن عقلا.

و هذا معنی حکم العقل بوجوب شـی ء و حرمته، و لیس المراد من حکم العقل الحکم الذی یعد من أحکام الخمسه، لان العقل لیس بحاکم، و لیس له حکم، فانه من شئون الشارع فقط. و بعباره اخری- ان العقل یدرک و لا یحکم، فانه لا حکم للعقل، هذا غایه ما یمکن أن یقال: فی تقریب حکم العقل، لکن لنا کلام فی هذا المقام.

(الوجه الثـانی)- حکم العقـل غیر المسـتقل- توضـیحه- ان الاـبوه، اذا اقتضت وجوب طـاعه الاـب علی الاـبن فی الجمله. کانت الامامه مقتضیه لوجوب طاعه الامام بطریق أولی.

(و الوجه فیه)- ان الابوه لیست إلا حیثیه، مقدمیه، اعدادیه لتکوین الولد، فاذا اقتضت هی وجوب طاعه الاب فی

أوامره الشخصيه، كانت المقدميه، فى مجارى الفيض، و وسائط التكوين أقوى من مقدميه الاب بالنسبه الى الولد، فتجب اطاعتهم بنحو الاولى.

هذا حاصل الاستدلال:

(لكن يرد عليه)- ان الملاكات الشرعيه ليست بيد العرف و لا يمكن استفاده هذا الحكم بالاولويه. و الذى يهون الخطب أن الآيات، و الروايات، و الضروره، تغنينا عن الاستدلال بالعقل، فتخلص من جميع ما ذكرنا أنه يجب اطاعه أوامر النّبيّ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۸۷

صلى اللّه عليه و آله، و أوصيائه الكرام بجميع أقسامها من الشخصيه، و العاديه، و العرفيه، و السياسيه و غيرها بالادله الاربعه.

و (أما القسم الثانى) من الولايه، اعنى توليتهم عليهم السلام فى بيان الاحكام الشرعيه، و وجوب اطاعه أوامرهم الشرعيه،

اشاره

فيمكن أن يستدل به بالادله الاربعه أيضا.

(أما الكتاب)

فبقوله تعالى: «مٰا آتٰاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَ مٰا نَهٰاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» «۱» و غيرها من الآيات الداله على وجوب اطاعه أوامرهم على نحوا الاطلاق، و يتم فى الائمه بعدم الفصل و الاجماع القطعى.

و (اما الروايات)

فيمكن الاستدلال بالروايات المذكوره فى اثبات القسم الاول من الولايه. أضف اليها الروايات المذكوره فى باب «التفويض الى رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و الائمه عليهم السلام فى أمر الدين» و نكتفى بذكر بعضها لرعايه الاختصار.

(منها) ما رواه محمد بن يحيى، عن أحمد بن أبى زاهر، عن على بن اسماعيل، عن صفوان بن يحيى، عن عاصم بن حميد، عن أبى اسحاق النحوى.

قال: دخلت على أبى عبد اللّه عليه السّلام فسمعته يقول: ان اللّه عز و جل أدب نبيه على محبته فقال: (و انک لعلى خلق عظيم) ثم فوض اليه فقال عز و جل: (و ما آتاكم الرسول فخذوه و ما نهاكم عنه)، فانتهوا.

و قـال عز و جـل (من يطع الرسول فقـد أطـاع اللّه) ثم قـال و ان نـبى اللّه فوض الى على و ائتمنه فسـلمتم و جحـد النـاس فو اللّه لنحبكم أن تقولوا اذا قلنـا و أن تصـمتوا اذا صـمتنا، و نحن فيمـا بينكم و بين اللّه عز و جـل، مـا جعـل اللّه لأحـد خيرا فى خلاف أمرنا. «۲»

---

(۱)- سوره الحشر، الايه (۷)

(۲)- اصول الكافى الجزء (۱) الصفحه (۲۶۵)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۸۸

و (منها) ما رواه فضـيل بن يسار قال: سـمعت ابا عبد اللّه يقول لبعض اصـحاب قيس الماصـر: ان اللّه عز و جل ادب نبيه فاحسـن ادبه فلما اكمل له الادب.

قال «انك لعلى خلق عظيم» ثم فوض اليه امر الدين و الامه ليسوس عباده، فقال عز و

جل: «مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَ مَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» و ان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله كان مسددا موفقا مؤيدا بروح القدس، لا يزل و لا يخطئ فى شى ء مما يسوس به الخلق، فتأدب بآداب اللّه.

ثم ان اللّه عز و جل فرض الصلاه ركعتين ركعتين عشر ركعات فاضاف رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله الى الركعتين ركعتين و الى المغرب ركعه فصارت عديل الفريضه لا يجوز تركهن الا فى السفر و افرد الركعه فى المغرب فتركها قائمه فى السفر و الحضر، فاجاز اللّه عز و جل له ذلك كله فصارت الفريضه سبع عشر ركعه ثم سن رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله النوافل اربعا و ثلاثين ركعه مثلى الفريضه فاجاز اللّه عز و جل له ذلك و الفريضه و النافله احدى و خمسون ركعه.

منها ركعتان بعد العتمه جالسا تعد بركعه مكان الوتر و فرض اللّه فى السنه صوم شهر رمضان، و سن رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله صوم شعبان و ثلاثه ايام فى كل شهر مثلى الفريضه فاجاز اللّه عز و جل له ذلك.

و حرم اللّه عز و جل الخمر بعينها و حرم رسول اللّه المسكر من كل شراب فاجاز اللّه له ذلك كله.

و عاف رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله اشياء و كرهها و لم ينه عنها نهى حرام انما نهى عنها اعافه و كراهه، ثم رخص فيها فصار الاخذ برخصه واجبا على العباد كوجوب ما يأخذون بنهيه و عزائمه و لم يرخص لهم رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله فيما نهاهم عنه نهى حرام لم يرخص فيه لأحد و لم يرخص رسول اللّه صلى

اللّه علیه و آله لأحد تقصیر الرکعتین، اللتین ضمها الی ما فرض اللّه عز و جل بل ألزمهم ذلک الزاما واجبا، لم یرخص لأحد فی شی ء من ذلک، الا للمسافر و لیس لأحد أن یرخص (شیئا) ما لم یرخصه رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۸۹

فوافق امر رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله امر اللّه عز و جل و نهیه نهی اللّه عز و جل و وجب علی العباد التسلیم له کالتسلیم للّه تبارک و تعالی «۱»

و (منها) ما ذکره محمد بن یحیی، عن محمد بن الحسن، عن یعقوب بن یزید عن الحسن بن زیاد، عن محمد بن الحسن المیثمی، عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: سمعته یقول: ان للّه عز و جل أدب رسوله حتی قومه علی ما أراد، ثم فوض الیه فقال عز ذکره:

(مٰا آتٰاکُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَ مٰا نَهٰاکُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا) فما فوض اللّه الی رسوله صلی اللّه علیه و آله، فقد فوضه إلینا. «۲»

و غیر ذلک من الروایات الوارده فی هذا الباب و غیره، و یجب ان لا یخفی علیک ان بعض الروایات تدل علی تفویض امر الدین الی النّبیّ صلی اللّه علیه و آله، و لیس ذکر من الائمه فیها الا أن فی بعضها الاخر ما یدل علی تفویض الامر الیهم أیضا.

فتلخص ان المستفاد من الروایات أن أمر الدین مفوض الی النّبیّ صلی اللّه علیه و آله، و الائمه علیهم السلام، فیجب علی الامه الاسلامیه، الأخذ بما أوجبوا، و ترک ما نهوا عنه. هذا تمام الکلام فی الروایات.

و (أما الاجماع)

- فهو من الامور التی تسالمت الکل علیها، بل کاد أن یکون من البدیهیات.

و (أما العقل)

فبعد فرض النبوه، و الامامه، و القطع بصدقهم، لعصمتهم من الکذب و الخطاء، لا یبقی مجال لتوهم عدم لزوم الاطاعه، فان العقل یحکم بلزوم اطاعه الاوامر الصادره عن المولی، و لا یمکن انکاره و صفوه القول: انه بعد ما ثبت نبوه النّبیّ بالبرهان، فلو لم یکن اخباره عن اللّه حجه یلزم لغویه البعثه، فانه اما یکذب، و اما یشتبه و کلاهما ینافی مقام النبوه. هذا کله فی وجوب اطاعه أوامرهم الشرعیه.

---

(۱)- اصول الکافی جلد (۱) ص (۲۶۷)

(۲)- اصول الکافی، الجزء (۱) الصفحه (۲۶۸)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۹۰

و (اما القسم الثالث) من الولایه – فهی الولایه علی الاموال، الانفس،

اشاره

فقد مر أنها علی وجهین.

(الاول)- استقلال الولی بالتصرف.

(الثانی)- کون تصرف الغیر منوطا باذنه.

اما (القسم الاول) – فهی ولایه النّبیّ صلی اللّه علیه و آله و أوصیائه الکرام علیه السّلام فی الاموال و الانفس بالاستقلال.

اشاره

یمکن الاستدلال علیها بالکتاب، و السنه، و الاجماع.

أما الکتاب

فبآیات.

(منها) قوله تعالی: «النَّبِیُّ أَوْلیٰ بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ وَ أَزْوٰاجُهُ أُمَّهٰاتُهُمْ وَ أُولُوا الْأَرْحٰامِ بَعْضُهُمْ أَوْلیٰ بِبَعْضٍ فِی کِتٰابِ اللّٰهِ» «۱»

تقریب الاستدلال به- ان الانسان کما أنه له السلطنه المستقله علی نفسه فلا یحتاج الی اذن غیره، کذلک النّبیّ صلی اللّه علیه و آله فان له سلطنه اقوی من سلطنه الشخص علی نفسه، فانه أولی بالمؤمنین من انفسهم.

ان قلت: – ان مفاد الایه ولایه النّبیّ علی أنفس الناس، و أما الاموال فلا یستفاد منها ولایته علیها، فیکون الدلیل أخص عن المدعی، لأنه عباره عن ولایته علی الاموال، و الانفس، فالایه لا تثبت ذلک.

قلت: ان ظاهر الایه و ان کان کما ذکرت، الا أن مرتبه المال أنزل من مرتبه النفس، فاذا ثبتت ولایه النّبیّ صلی اللّه علیه و آله علی الانفس بالآیه تثبت ولایته علی الاموال بالفحوی.

ان قلت: لا يمكن الالتزام بمفاد الايه باطلاقها، بأن يكون النّبيّ مسلطا على الاموال، و الانفس مطلقا بلا سبب أو بأى سبب شاء و أراد فانه يلزم منه سلطنته صلى اللّه عليه و آله

---

(۱)- سوره الاحزاب الايه (۶)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۹۱

و لو بغير الطرق، و الاسباب الشرعيه المقرره لكل نوع من التصرفات كأن ينكح زوجه زيد أو يطلقه بدون تلك الصيغ المخصوصه المقرره لكل من النكاح و الطلاق.

قلت: انه يستفاد من الايه ان ولايه النّبيّ صلى اللّه عليه و آله على المؤمنين اقوى من ولايتهم على أنفسهم.

و من المعلوم عدم ثبوت ولايه أحد على نفسه على الاطلاق، فانه لا يجوز لأحد ان يقدم على قتل نفسه مثلا او لا ضرار عليها، و لو على بعض الوجوه، بل ان تسلطها

انما تكون على طبق ما قرره الشارع من الاسباب كالصيغ الخاصه لكل من العقود، و لا اطلاق للآيه حتى تقتضى سلطنته صلى اللّه عليه و آله و لو بغير الاسباب الشرعيه، فلا يجوز للنبى تزويج المرأه المزوجه مثلا كما هو واضح.

و (منها) قوله تعالى: «إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللّهُ وَ رَسُولُهُ وَ الَّذِينَ آمَنُوا» بتقريب أن اطلاق الايه يقتضى كونهم مسلطا على الناس على الاطلاق و (منها) قوله تعالى: «وَ مَا كانَ لِمُؤْمِنٍ وَ لا مُؤْمِنَهٍ إِذا قَضَى اللّهُ وَ رَسُولُهُ أَمْراً أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَهُ» اى كل شى ء امر اللّه تعالى او رسوله به او حكم به فليس لأحد مخالفته، و ترك ما امر به الى غيره فهذا هو الولايه المدعاه فى المقام مضافا الى ذلك ان ملاحظه شأن نزول الايه أيضا تفيد المطلوب، فانها نزلت فى زينب بنت جحش الاسديه و كانت بنت اميمه بنت عبد المطلب عمه رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله خاطبها لمولاه زيد بن حارثه، و رأت انه يخطبها لنفسه، فلما علمت انه يخطبها لزيد، ابت، و انكرت.

و قالت: انا ابنه عمتك، فلم اكن لأفعل، و كذلك قال اخوها عبد اللّه جحش، فلما نزلت الايه قالت رضيت يا رسول اللّه، فأنكحها رسول اللّه زيدا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۹۲

هذه عده من الآيات التى تدل على ولايه النّبىّ على الاموال و الانفس، و ان كان الاستدلال بالآيات الاخرى أيضا ممكنا الا ان فى الآيات المذكوره غنى و كفايه.

و أما الروايات

فهى كثيره.

(منها) ما عن أبى بصير قال سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن قول اللّه عز و جل (أَطِيعُوا اللّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ) فقال نزلت فى على

بن أبی طالب و الحسن و الحسین (ع) الی أن قال فقال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله فی علی: من کنت مولاه فعلی مولاه) الی أن قال: کان علی أولی الناس بالناس «۱» ...) و الحدیث طویل أخذنا منه موضع الحاجه.

و (منها) ما رواه الحسین بن محمد، عن معلی بن محمد، عن أحمد بن محمد، عن الحسن بن محمد الهاشمی، عن أبیه، عن أحمد بن عیسی، عن أبی عبد اللّه علیه السّلام فی قول اللّه عز و جل (إِنَّما وَلِیُّکُمُ اللّهُ وَ رَسُولُهُ وَ الَّذِینَ آمَنُوا).

قال: انما یعنی أولی بکم أی أحق بکم و بأمورکم و أنفسکم و أموالکم، اللّه و رسوله و الذین آمنوا یعنی علیا و أولاده الائمه (علیهم السلام) الی یوم القیامه ...) «۲»

و (منها) ما فی خطبه الغدیر قال صلی اللّه علیه و آله یا ایها الناس من ولیکم و أولی بکم من أنفسکم؟ فقالوا: اللّه و رسوله، فقال: من کنت مولاه فعلی مولاه «۳» ...)

و (منها) ما رواه علی بن ابراهیم، عن أبیه، عن حماد بن عیسی، عن ابراهیم بن عمر الیمانی، عن أبان بن أبی عیاش، عن سلیم بن قیس و محمد بن یحیی، عن أحمد

---

(۱)- اصول الکافی، الجزء (۱) الصفحه (۲۸۶)

(۲)- اصول الکافی، الجزء (۱) الصفحه (۲۸۸) الحدیث (۳)

(۳)- اصول الکافی، الجزء (۱) الصفحه (۲۹۵)

ابن هلال، عن ابن أبی عمیر، عن عمر بن اذینه و علی بن محمد، عن أحمد بن هلال، عن ابن أبی عمیر، عن عمر بن اذینه، عن ابن أبی عیاش، عن سلیم بن قیس.

قال سمعت عبد اللّه بن جعفر الطیار یقول کنا عند

معاويه أنا و الحسن و الحسين و عبد اللّه بن عباس و عمر بن أم سلمه و اسامه بن زيد فجرى بينى و بين معاويه كلام.

فقلت لمعاويه: سمعت رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله يقول: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ثم أخى على بن أبى طالب أولى بالمؤمنين من أنفسهم فاذا استشهد عليه السّلام فالحسن بن على أولى بالمؤمنين من أنفسهم ثم ابنى الحسين من بعده أولى بالمؤمنين من أنفسهم فاذا استشهد فابنه على بن الحسين أولى بالمؤمنين من أنفسهم، و ستدركه يا على ثم ابنه محمد بن على أولى بالمؤمنين من انفسهم، و ستدركه يا حسين ثم تكمله اثنى عشر اماما تسعه من ولد الحسين قال عبد اللّه جعفر و استشهدت الحسن و الحسين و عبد اللّه بن عباس و عمر بن أم سلمه و اسامه بن زيد فشهد والى عند معاويه: قال سليم: و قد سمعت ذلک من سلمان و أبى ذر و المقداد، و ذكر و الى انهم سمعوا ذلک من رسول صلى اللّه عليه و آله) و غير ذلک من الروايات الوارده. من طرق الفريقين قد بلغت حد التواتر كما هو واضح للمتأمل.

و أما (الاجماع)

فهى ثابت مسلم عند الشيعه لا يرتاب فيه أحد هذا تمام الكلام فى الولايه على الاموال، و الانفس بالمعنى الاول.

و أما [القسم الثانى من الولايه كون جواز تصرف الغير منوطا باذن الامام]

اشاره

(الولايه) بالمعنى الثانى أعنى كون جواز تصرف الغير منوطا باذن الامام، فنقول: ان التصرفات الناس الراجعه فى أموالهم، و امورهم الشخصيه لا تحتاج الى اذن النّبىّ و الائمه (ع)، لعدم قيام دليل عليه، و احتمال اعتبار اذنهم (ع) منفى باصل العدم، نعم أن الامور التى هى راجعه الى الغير، و كذا الامور التى يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم، تحتاج الى اذنهم (ع) لأصاله عدم جواز التصرف فيما يرجع الى الغير، الا ما خرج بالدليل

و مما تدل على ذلک الروايات الوارده فى موارد مختلفه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٩۴

(منها) ما ذكره محمد بن الحسن باسناده، عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن عبد اللّه بن هلال، عن العلاء بن رزين، عن محمد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السّلام قال: من قتله القصاص بأمر الامام فلا ديه له فى قتل و لا جراحه «۱»

و (منها) ما ذكره محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن بريد العجلى قال: سألت أبا جعفر عليه السّلام عن مؤمن قتل رجلا ناصبا معروفا بالنصب على دينه غضبا للّه تعالى يقتل به؟ فقال: أما هؤلاء فيقتلونه و لو رفع

الی امام عادل ظاهر لم یقتله «۲»

و (منها) ما رواه محمد بن عمر بن عبد العزیز الکشی (فی کتاب الرجال) عن محمد بن الحسن، عن الحسن بن خرزاد عن موسی بن القاسم، عن ابراهیم بن أبی البلاد، عن عمار السجستانی، عن أبی عبد اللّه علیه السّلام ان عبد اللّه بن النجاشی قال له و عمار حاضر: انی قتلت ثلاثه عشر رجلا من الخوارج کلهم سمعته یبرء من علی ابن أبی طالب، فسألت عبد اللّه ابن

الحسن فلم یکن عنده جواب، و عظم علیه و قال: أنت مأخوذ فی الدنیا و الآخره.

فقال أبو عبد اللّه، و کیف قتلتهم یا أبا بجیر؟ فقال منهم من کنت أصعد بسطحه بسلم حتی أقتله، و منهم من دعوته باللیل علی بابه فاذا خرج قتلته، و منهم من کنت أصحبه فی الطریق فاذا خلی الی قتلته، و قد استتر ذلک علی.

---

(۱)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۹) الباب (۲۴) من أبواب قصاص النفس.

(۲)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۹) الباب (۶۸) من أبواب القصاص فی النفس.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۹۵

فقال أبو عبد اللّه علیه السلام لو کنت قتلتهم بامر الامام لم یکن علیک شی ء فی قتلهم) «۱»

و من تتبع الموارد الخاصه تجد غیر ما ذکرنا من الروایات الداله علی المدعی.

هذا کله فی الروایات.

و (أما الاجماع)

فهو مسلم عند أهل الصواب کما هو واضح. و المتحصل من جمیع ما ذکرنا ثبوت الولایه التشریعیه للمعصوم علیه السّلام بجمیع معانیها.

---

(۱)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۹) الباب (۲۲) من أبواب دیات النفس.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۹۶

[المقام الثانی] الکلام فی ولایه الفقیه

اشاره

قوله: (للفقیه الجامع للشرائط مناصب ثلاثه)

أقول: ملخص کلامه،

ان الفقيه له ثلاث مناصب.

(الاول) – الافتاء

فی المسائل الفرعیه و الموضوعات الاستنباطیه التی یترتب علیها الحکم الشرعی، و تفصیل هذا البحث موکول الی باب الاجتهاد و التقلید.

(الثانی) – الحکم و القضاء فی باب المرافعات و غیرها

کالحکم بثبوت و رؤیه الهلال، و تفصیله موکول الی باب القضاء.

(الثالث) ولایه التصرف فی الاموال، و الانفس،

اشاره

فالقسمان الاولان خارجان عن وضع کتابنا هذا، و ان محل الکلام و النقض و الابرام، عند الاعلام فی القسم الثالث، فنقول: ان الولایه علی قسمین.

(القسم الاول) – استقلال الولی فی التصرف،

بأن یکون نظره سببا فی جواز تصرفه أی ارادته عله تامه لجواز التصرف و ذلک کالتصرف فی مال القاصرین.

(القسم الثانی) کون تصرف الغیر منوطا باذنه

و ان کان هو مستقلا بالتصرف کالتصرف فی مجهول المالک، فان تصرف الغیر فیه یحتاج الی اذن الفقیه فیکون نظره شرطا لجواز التصرف، علی کلام فیه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۹۷

قوله: و بین موارد الوجهین عموم من وجه) «۱».

أقول: توضیح کلامه، أن نسبه هذین القسمین من الولایه أعم من وجه فماده الاجتماع کما فی التصرف فی مجهول المالک، و التصدق، و التصرف فی أموال القاصرین فان الحاکم یستقل فیه و غیره یحتاج الی اذنه، و ماده الافتراق فی ناحیه تصرف الغیر، بان یکون للحاکم استقلال فی التصرف من دون اشتراط اذنه فی تصرف الغیر، کما فی الزکاه فان التصرف، فیها لا یحتاج الی اذن الحاکم، و ماده الافتراق من ناحیه اذن الحاکم بان یکون اذنه معتبرا فی جواز تصرف الغیر، مع عدم استقلاله فیه کما فی

التقاص، فانه يحتاج الى اذن الحاكم و لا يجوز للحاكم، الاستقلال فيه.

قال الشيخ (قدس سره): ثم اذنه المعتبر فى تصرف الغير اما أن يكون على وجه الاستنابه كوكيل الحاكم، و اما أن يكون على وجه التوليه، كمتولى الاوقاف من قبل الحاكم، و اما أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره فى الصلاه على ميت لا ولى له. «۲»

و استشكل عليه- بان المتولى أو الوكيل لو كان تصرفهما منوطا باذن الحاكم، فالمتصرف فى الحقيقه هو الحاكم، و لو بالتسبيب، فجعل المتولى أو الوكيل يكون لغوا، لعدم جواز تصرفهما بدون اذن الحاكم كما هو المفروض.

و يرد عليه- بأن المتولى لا يكون ملزما بأن يستأذن من الحاكم فى تصرفاته بعد تفويض

الامر اليه، بل و له أن يتصرف فيه على ما يراه مصلحه للمولى عليه.

و بعباره اخرى- أن نظر الحاكم لا يكون لازم الاتباع حتى يكون المتصرف فى الحقيقه نفسه، فيكون جعل المتولى لغوا، بل ان المتولى يعمل على رأيه، نعم اذا رأى الحاكم أن تصرفه يكون ضررا على الموقوف عليهم مثلا فله أن يعزله هذا فى التوليه.

---

(۱)- مكاسب، الصفحه، (۱۵۳) السطر (۱۳)

(۲)- المكاسب، الصفحه (۱۵۳) السطر (۱۴)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۹۸

و أما الوكاله فتاره تكون مقيده، فلا بد أن يعمل الوكيل على ما قيد فى وكالته.

و اخرى تكون مطلقه، فله أن يتصرف فى موارد الوكاله سواء رضى الحاكم بذلك أم لا. نعم اذا كان تصرفه على خلاف نظر الحاكم فله أن يعزله.

قوله: (انما المهم التعرض لحكم ولايه الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين) «۱»

أقول: قد بينا سابقا، ان للفقيه الجامع للشرائط مناصب ثلاثه فلا نعيد تفصيلها،

و الذى يهمنا البحث عنه هو المنصب الثالث أعنى ولايه الفقيه فى الاموال و الانفس بكلا قسميه،

اشاره

أعنى استقلاله فى التصرف- و توقف تصرف الغير على اذنه فيما كان متوقفا باذن الامام عليه السّلام، فالولايه بهذا المعنى وقع مورد الخلاف بين الفحول،

[القسم الأول استقلال الولى فى التصرف]

و ما يمكن أن يستدل، أو استدل لإثباتها وجوه.

(الاول)- الاخبار الوارده فى المقام

و هى كثيره.

(منهـا) قوله صـلی اللّه علیه و آله: (الفقهـاء أمناء الرسل ما لم یـدخلوا فی الـدنیا، قیل یا رسول اللّه، و ما دخولهم فی الـدنیا. قال: اتباعهم السلطان، فاذا فعلوا ذلک فاحذروهم علی دینکم). «۲»

تقریب الاسـتدلال به- ان الامین من فوض الیه حفظ ما کان للمؤمن و قضـیه حـذف المتعلق عمومه للولایه، و معنی حفظ العالم بالولایه اعمالها، کما أن افسادها ترک العمل بها، و لا نعنی من ولایه العلماء الا هذا، و ان شـئت فعبر أنه یسـتفاد من هذه الروایه أن الفقهاء امناء الرسل، و مقتضی حذف المتعلق العموم، فکل ما یکون للرسول یکون للفقیه.

و یرد علیه سندا و دلاله:

أما سندا فبکونه مرسلا، فلا تشمله أدله الحجیه، و ان نقل صاحب المستدرک «۳»

---

(۱)- مکاسب، الصفحه (۱۵۳) السطر (۳۵).

(۲)- مستدرک، الجزء (۳) الصفحه (۱۸۷) الباب (۱۱) من أبواب صفات القاضی.

(۳)- مستدرک، الجزء (۲) الصفحه (۴۳۷) الباب (۳۵) من أبواب ما یکتسب به.

عـن القطـب الراونـدی فی کتـاب النـوادر، عـن موسـی بن جعفر، و ادعی صـحه سـنده و الراونـدی لقب لجمله من الرواه، و من جملتهم القطب الراوندی، الراوی لهذه الروایه، و هو عباره عن أحمد بن السـید الامام فضل اللّه بن علی الحسین الراوندی، السید کمال الدین أبو المحاسن. و یجب أن لا یخفی علیک.

أن فضل اللّه بن علی الحسین الراوندی سـهو عن صاحب المسـتدرک لعدم وجود عین و لا أثر منه فی کتب الرجال، و علی أی حال لا دلیل علی وثاقه الرجل،

و ان قيل «۱» فی حقه انه عالم فاضل و کان قاضيا فی القاسان، و لکنه لا يدل علی وثاقته.

و قال المجلسی «۲» فی البحار أن کتاب النوادر فمؤلفه من الافاضل الکرام، و قال الشيخ منتجب الدين اکثر هذه الروايات مأخوذ من کتاب موسی بن إسماعيل ابن موسی بن جعفر و هو غير موثق، و لعل الوجه فی کون هذه الروايه موصوفه بالصحه قبوله بما ناقشناه و اللّه عالم بالصواب.

فظهر مما بينا ان الروايه ساقطه من حيث السند و انجبارها بعمل المشهور ممنوع صغری و کبری، أما الاولی فلان استناد المشهور الی الروايه المذکوره غير معلوم، و أما الثانيه فلما ذکرنا فی محله من أن الخبر الضعيف لا ينجبر بعمل المشهور.

و أما دلاله فبأن معنی کونهم امناء الرسل أن کل أمر من الاحکام و غيرها لو فوض اليهم، فهم امناء فی حفظه و هذا التعميم يستفاد من حذف المتعلق، و اما الولايه هل هی من الاحکام التی فوض أمرها اليهم أم لا فهو أول الکلام.

فان ثبوت أمانتهم بهذه الروايه لا تدل علی ذلک، لان الحکم لا يحقق موضوعه مثلا لو قيل زيد أمين أهل البلده الفلانيه معناه أن کلما يجعل عنده بعنوان الامانه

---

(۱)- المستدرک، الجزء (۳) الصفحه (۲۹۵).

(۲)- نفس المصدر.

لا يخون فيه و أما جعل الامانه فلا يفهم من هذه العباره، و حذف المتعلق لا يفيد من هذه الجهه کما هو واضح.

ان قلت- ان المستفاد من بعض الروايات لزوم القيم، و الامام لکل فرق و ملل و انا لا نجد فرقه من الفرق و لا مله من الملل بقوا و عاشوا الا بقيم و رئيس لما لا بدلهم منه

فی أمر الدین و الدنیا کما قال علیه السّلام: لو لم یجعل له اماما قیما حافظا لدرست المله «۱».

و الحاصل أن لزوم القیم، و الامام للامه ثابت بالروایه المذکوره و من المعلوم أن امام الامه و حافظهم الذی لا بد لهم فی أمر الدین، و الدنیا لا ـ بد أن یکون أمینا، و أما الخائن فلا ینال هذا المنصب العظیم. فالامام الامین لازم للامه، و هذا لا ریب فیه کبرویا.

و أما تعیین الصغری بأن الامناء فی الشریعه الاسلامیه أی طائفه من طوائف المسلمین، فتعینها الروایه المستدله بها، و هی قوله صلی اللّه علیه و آله: (الفقهاء أمناء الرسل) فیتعین لهم هذا المقام المنیع، و المنصب العظیم.

و الجواب عنه: اما (أولا) فان روایه العلل مخدوشه من جهه السند فلا یعتمد علیها.

و أما (ثانیا) فان الروایه بعد الاغماض عن ضعف سندها تدل علی وجوب جعل القیم، و الامام للامه حذرا من اندراس الدین. و هذا المعنی کما تری أجنبی عن المدعی. لان اندراس الدین ان کان من ناحیه عدم جعل القیم فهو مجعول من قبل اللّه تعالی، و أما غیبته فمنا و نحن المقصرون.

و ان کان من ناحیه العمل الخارجی للناس، فلا یجب علی اللّه دفعه لعدم تعلق مشیته تبارک و تعالی بأن یجبر الناس علی العمل بأحکام الدین.

---

(۱)- علل الشرائع، الجزء (۱) الصفحه (۱۳۷)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۱۰۱

و الحاصل أن القیم للدین و الحافظ له مجعول من قبل اللّه تعالی و هو مولانا الغائب علیه السّلام عجل اللّه تعالی فرجه الشریف.

و أما (ثالثا) فان العرف بتناسب الحکم و الموضوع یفهم من قوله صلی اللّه علیه و آله:

(ان العلماء أمناء الرسل) کونهم أمناء فی ابلاغ الاحکام

و حفظها و ان شئت فقل: ان اعطاء المنصب للعلماء يناسب التعبير بالخليفه، كما أن كونه أمينا يناسب كونه مبينا للأحكام. و الذى يؤيد ذلك ما ذكر فى ذيل الروايه حيث قيل يا رسول اللّه و ما دخولهم فى الدنيا قال اتباعهم السلطان.

وجه التأييد انه يفهم من الروايه ان الفقيه ما دام لم يتبع السلطان هذا المنصب له ثابت و من الظاهر أن المراد من الامانه لو كانت الحكومه فلا يتصور له حكومه فى الخارج مع وجود السلطان، و أما بيان الاحكام فامر ممكن مع وجود السلطان.

و صفوه القول: انه يستفاد من الروايه أن رسول اللّه يرجع الناس الى الفقيه الذى تصدى للأمانه التى جعلت عنده، و من الظاهر أن مع وجود السلطان الجائر لا مجال للفقيه أن يتصدى لمنصب الحكومه.

و ملخص الكلام أنه يفهم من الروايه أن الفقيه يكون مرجعا للناس ما دام لم يدخل على السلطان، و هذا يناسب التبليغ، و بيان الاحكام، و أما تصدى الامور العامه، فليس قابلا و ممكنا للفقيه، مع وجود الغاصب حتى يكون مرجعا للناس.

و اما (رابعا) لو سلمنا أن اطلاق الامانه يفيد العموم للولايه بسبب حذف متعلقها، الا أنا نقول: ان ذيل الروايه و هو قوله: (فاحذروهم على دينكم) يصلح قرينه على كون المراد من متعلق الامانه هو خصوص الدين، و الاحكام الشرعيه، فلا يعم الولايه.

و (منها)- قوله صلى اللّه عليه و آله (مجارى الامور و الاحكام بيد العلماء الامناء على حلاله و حرامه) «۱».

---

(۱)- مستدرک الجزء (۳) کتاب القضاء، الباب (۱۱).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۰۲

(أقول): ان هذه الروايه و ان كانت تامه من جهه الدلاله، الا أنها مرسله لا تشمله ادله الحجيه.

و اما (توهم)

أن الاحكـام عطف تفسير للأمور أو أن قوله: الامنـاء على حلاله و حرامه قرينه على أن المراد من الامور هى الاحكام الشرعيه فمـدفوع لعـدم انهدام الظهور بمثل هذا الاحتمال، و الا لا يبقى حجر على حجر فى باب الظواهر، فتلخص أن الروايه تامه دلاله و ساقطه سندا.

و (منها) قوله صلى اللّه عليه و آله (اللهم ارحم خلفائى ثلاثا قيل و من خلفائك قال الذين يأتون بعدى و يروون حديثى، و سنتى فيعلمونها الناس من بعدى.

و هـذه الروايه «۱» نقلت فى الوسائـل و كـذا نقلهـا الصـدوق فى الفقيه مرسـلا، و لكنهـا نقلت مسـندا أيضا بأربعه طرق باعتبار و بخمسه طرق باعتبار آخر و نحن نـذكر هـذه الطرق حتى يتضح بأنه هل يمكن تصـحيح الروايه باحدى هذه الطرق المذكوره أم لا.

الطريق الاول- ما رواه فى المجالس مسندا الا أنه مخدوش بالحسين بن أحمد ابن ادريس.

الطريق الثـانى- مـا فى معـانى الاخبـار الا أنه فى سـنده عيسـى بن عبـد اللّه العلوى، و النوفلى، و هما ضـعيفان عنـد الاصـحاب و الطريقان المذكوران يعدان طريقا واحدا باعتبار اشتراكهما فى الراوى أعنى عيسى بن عبد اللّه، و لذا قد بينا قبل سطور أن الطرق فى سند الروايه تعد اربعه باعتبار، و كان المقصود منه هذا الوجه الذى عرفت.

الطريق الثالث- ما رواه فى العيون عن محمـد بن على شاه المروزى عن محمد ابن عبد اللّه النيسابورى عن عبيد اللّه بن أحمد بن عامر الطائى عن أبيه عن الرضا عليه السّلام و هذا

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۸) الصفحه (۱۰۰) الباب (۱۱) من أبواب صفات القاضى.

الطريق أيضا مخدوش بعبيد اللّه بن أحمد بن عامر الطائى، لعدم توثيقه فى كتب الرجال.

الطريق

الرابع- أيضا فى العيون «۱» عن أحمد بن ابراهيم بن البكر الخوزى عن ابراهيم بن هارون بن محمد الخوزى عن جعفر بن محمد بن زياد الفقيه عن احمد ابن عبد اللّه الهروى عن الرضا عليه السّلام و هذا الطريق أيضا مخدوش بابراهيم بن هارون فانه لم يوثق عند الاصحاب.

الطريق الخامس- عن الحسين بن محمد العدل عن على بن محمد بن مهرويه القزوينى عن داود بن سليمان الفراء عن الرضا عليه السّلام ان هذا الطريق أيضا مخدوش بداود ابن سليمان.

فتحصل أن هذه الروايه و ان نقلت بطرقها الاربعه أو الخمسه الا أن كلها ضعيفه، كما عرفت فلا تشملها أدله حجيه الخبر الواحد.

لاـ يقال: ان هؤلاـء الرواه، كانوا يعيشون فى أمكنه متعدده بحيث لم يكن أحدهم مطلعا على أحوال الاخرين، فمن نقلهم هذه الروايه مع اختلاف أمكنتهم، و بعد مسافتهم يحصل الاطمئنان بصدورها عن المعصوم.

لأنا نقول: (اولاـ) أنا لا نسلم حصول الاطمئنان بصدور الروايه من نقل الافراد الذين لم يثبت وثاقتهم عند أصحاب الرجال، و مجرد اعاشتهم فى امكنه متعدده لا يعطيهم عنوان الثقه و- عليه- فلا تشملها أدله حجيه الخبر كما هو واضح.

و (ثانيا) ان هذه الجهات لا توجب الاعتبار فى الروايه التى لا تكون حجه بحسب القاعده، و تحقق التواتر بهذا المقدار عهدته على مدعيه، فانه كيف يمكن أن يدعى تحقق التواتر فى مثل هذه الامور مع هذا المقدار من البعد فى عمود الزمان، و خلاصه الكلام لا مجال لادعاء صحه السند، بأى نحو كان.

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱) الصفحه (۳۴۳).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۰۴

لا يقال: ان الروايه و ان كانت ضعيفه من حيث السند الا أن المشهور عملت بذلك فانه جابر لضعفها.

لأنا نقول:

(أولا) ان احراز استناد عمل المشهور بهذه الروايه فى غايه الصعوبه، و مجرد توافق العمل ما دام لا يحرز الاستناد لا يفيد كما سبق بيانه منا مرارا.

و (ثانيا) على تقدير احراز الاستناد أيضا لا نسلم جبران ضعفها بعمل المشهور كما قد حققناه فى الاصول هذا من جهه السند و أما الدلاله فالظاهر أن المراد من قوله صلى اللّه عليه و آله: (يروون حديثى) هم الرواه، و لا يشمل الفقهاء.

ربما يقال: ان قوله صلى اللّه عليه و آله فى ذيل الروايه (فيعلمونها الناس) يدل على أن المراد من قوله صلى اللّه عليه و آله (يروون حديثى ليس مطلق الرواه، بل المراد منه الفقهاء فانهم اهل التعليم و الارشاد، و أما الرواه فليس شأنهم هذا، بل انهم يأخذون الروايه عن المعصوم و ينقلون للناس.

و الجواب عنه- ان الجمله المذكوره فى ذيل الروايه لا تصلح أن تصرف قوله: (الذى يروون) عن ظهورها و حملها على الفقهاء لعدم اختصاص التعليم بهم، فان الرواه أيضا يصدق عليهم أنهم يعلمون الناس ما يتعلمون عن النّبىّ.

ان قلت: سلمنا أن قوله صلى اللّه عليه و آله (يروون) شامل للروات أيضا، فانهم أيضا يعلمون الناس و لكننا نقول: ان الخلافه منصب عظيم لا يناله الا الاوحدى من البشر، فيبعد اطلاقها على كل راوى الحديث و هو بمجرد روايه حديث لا يكون خليفه للرسول الاعظم صلى اللّه عليه و آله.

قلت: ان ما ذكر فى المقام مجرد استبعاد، و هو لا يكون دليلا على عدم اطلاق الخليفه عليهم ما لم يوجد مانع منه، و الظاهر أنه لا مانع منه، بل الامر كذلك بالبط و الجزم، فان الرواه لهم شأن من الشئون عند النّبىّ الاعظم، حيث لو

لم يكونوا لا ندرس الدين الاسلامى الاعلى، فبروايتهم بقى الدين و آثار سيد المرسلين.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۰۵

ان قلت: كيف يمكن الالتزام بكون الرواه قاطبه خلفاء لرسول اللّه مع أن بعضهم منكر للحق، و بعضهم جعال للحديث، و بعضهم غير مميز بين صحه الروايه و سقمها.

قلت: يمكن الجواب عنه نقضا، و حلا، أما النقض فهو أن بعض الفقهاء أيضا منكر للحق، فانه كيف يمكن الالتزام بكون الفقهاء قاطبه خلفاء للرسول الاعظم صلى اللّه عليه و آله مع أن بعضهم لا دين له و لا ايمان و لا يعرف الحق من الباطل كأبى حنيفه و غيره من فقهاء عصر الائمه عليهم السلام.

و اما الحل فهو أن الرواه الذين علم كونهم فاسقين و غير موثقين لا يشملهم منصب الخلافه بالبط و الجزم و هذا لا يضر بالمدعى، و أما اذا كان الراوى من الثقات التى يؤمن من كذبه و له خبرويه فى تشخيص صحه الخبر من سقمها، فلا مانع من شمول قوله صلى اللّه عليه و آله: (يروون حديثى) مثله.

و ربما استشكل على دلاله الروايه بوجهين.

(الوجه الاول) أن قوله صلى اللّه عليه و آله: (اللهم ارحم خلفائى) و ان كان مطلقا، الا أنه يقيد بقوله (الذين يروون حديثى) فيكون معنى الروايه اللهم ارحم خلفائى الذين يروون حديثى و يبلغون الاحكام للأنام، فاذن لا تدل الروايه على المدعى كما هو ظاهر.

و يرد عليه أن توصيف الخلفاء بما ذكر من الاوصاف الوارده فى ذيل الروايه، لا يدل، على بيان وظيفتهم حتى يرد ما قيل، بل ان هذه الاوصاف تكون من باب المعرفات للخليفه، و علامات لمن ترحم عليه، كأنه سئل يا رسول اللّه من خلفائك أجاب صلى

اللّه و آله بهذه الاوصاف المذكوره. و هذا المعنى لا يعارض اطلاق الخليفه.

(الوجه الثانى)- ان ظاهر قوله صلى اللّه عليه و آله (يروون حديثى) يعين أن مصداق خليفه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۰۶

الرسول. هو الذى يروى جميع أحاديث الوارده عن النّبىّ و هو غير مقدور. الا للأئمه عليهم السلام، فانهم مخازن علوم النّبىّ و آثاره، فيكون المراد من الخليفه فى الروايه الائمه الاطهار.

و يرد عليه أن ما ذكر خلاف ظاهر اطلاق قوله صلى اللّه عليه و آله (الذين يروون) فان ظاهر هذه الجمله يشمل لكل راو يروى عن النّبىّ و لو مع الوسائط، و لو منع صدق الراوى على من لا يروى عن النّبىّ بلا واسطه، لم يتحقق مصداق للراوى أصلا لان الرواه جلهم يروون الأحاديث عن النّبىّ مع وسائط كثيره بينهما.

فتحصل أن الايرادين المذكورين على دلاله الروايه لا يرجع الى معنى محصل.

و لكنه مع ذلك كله لا يمكن الاستدلال بهذه الروايه على اثبات الولايه للراوى. لان اطلاق الخليفه، و كذلك اطلاق قوله صلى اللّه عليه و آله (يروون حديثى) يقتضيان أن نقول:

ان شئون النّبىّ بأجمعها من وجوب اطاعته، و جواز تصرفه فى الامور العامه، و الشخصيه، و الاموال و الانفس، ثابته للراوى و هذا مقطوع العدم.

و بعباره واضحه بمقتضى اطلاق الراوى و الخليفه لا بد من الالتزام بخلافه كل راو عن النّبىّ، و أنى لنا بذلك، و تخصيصه بعده مخصوصه اعنى الائمه فى الروايه تخصيص مستهجن، فتكون الروايه مجمله فلا بد ردها الى أهلها.

نعم أن القدر المتيقن منها، الائمه الابرار (ع)، فان شئون النّبىّ كلها ثابته لهم بالقطع إلا منصب النبوه، و أما ساير الرواه فلا يمكن اثبات ولايتهم بهذه الروايه.

و (منها) ما

نقل فى المستدرك عن التحرير حيث ذكر العلامه فيه مرسلا (علماء أمتى كأنبياء بنى اسرائيل) «۱» و يمكن الاستدلال بعموم التشبيه فى الروايه بأن يقال:

انه يستفاد منها كونهم كأنبياء بنى اسرائيل فى جميع الشئون و المناصب حتى

---

(۱)- كتاب القضاء أبواب صفات القاضى باب (۱۱)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۰۷

الولايه على الاموال، و الانفس.

و يرد عليها- سندا و دلاله أما سندا فبارسالها و أما دلاله فبعدم تسليم كون التنزيل من جميع الجهات، بل الظاهر منه انهم نزلوا بمنزلتهم بلحاظ تبليغ الاحكام.

و الذى يؤيد ذلك تنزيلهم بمنزله أنبياء بنى اسرائيل وجه التأييد انه لو كان (صلى اللّه عليه و آله) فى مقام اثبات منصب الخلافه لهم لكان مناسبا أن يشبههم بنفسه الشريفه. و يقول: العلماء بمنزلتى كما نطق بذلك فى مقام جعل الخلافه للإمام على (عليه السلام).

وجه المناسبه- أن الولايه المطلقه للنبى مما لا ريب فيه، بعد ملاحظه الادله القاطعه، و البراهين الواضحه من العقليه، و النقليه التى قد ذكرناها فى بحث الولايه و أما ثبوت الولايه. المطلقه لأنبياء بنى اسرائيل فغير معلوم، بل معلوم العدم بالنسبه الى بعض منهم، فان بعضهم كان متصديا لتبليغ ما أتى به موسى على نبينا و عليه الصلاه و السلام، و لم يكن آتيا بدين جديد. كما يظهر ذلك للمتتبع.

و (منها) ما عن الفقه الرضوى (ان منزله الفقيه كمنزله الانبياء فى بنى اسرائيل) و تقريب الاستدلال به علم من تقريب الاستدلال بسابقه فلا يعاد.

و يرد عليه سندا بعدم ثبوت انتساب الكتاب المذكور الى مولانا الرضا عليه السّلام و قد مر منا تحقيق هذا المعنى فى أول الكتاب.

و دلاله بما عرفت فى الروايه السابقه فان الروايات الوارده بهذا المضمون لا يستفاد

منها الولايه المطلقه فراجع ما ذكرناه آنفا.

و (منها) ما عن نهج البلاغه (أولى الناس بالانبياء أعلمهم) و نقل عن بعض النسخ أعملهم و هذه الروايه لا اعتبار بها من حيث السند، و مخدوشه من جهه الدلاله أيضا، لأنه لا يفهم من الاولويه تنزيل الا علم بمنزله الانبياء حتى يستفاد من عموم التنزيل أن المناصب المجعوله للنبى مجعوله للأعلم أيضا، نعم يفهم منه بأنه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۰۸

لو جعل له خليفه لكان الاعلم أولى بذلك من غيره، و اما هل جعل له ذلك أم لا فليست الروايه فى مقام بيانه.

و (منها) صحيحه قداح عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال: قال رسول اللّه: من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك اللّه طريقا به الى الجنه و ان الملائكه لتضع أجنحتها لطالب العلم رضى به و انه يستغفر لطالب العلم من فى السماء و من فى الارض حتى الحوت فى البحر، و فضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر النجوم ليله القدر و ان العلماء ورثه الانبياء ان الانبياء لم يورثوا دينارا، و لا درهما، و لكن ورثوا العلم فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر «۱».

و هذه الروايه تامه سندا، و أيضا روى أبو البخترى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال:

ان العلماء ورثه الانبياء «۲».

و لكنها ضعيفه بأبى البخترى و هو عباره عن وهب بن وهب و أما سعد بن فيروز و ان كان ممدوحا الا أنه من أصحاب على عليه السّلام.

و أما دلاله- فتقريب الاستدلال بها أن معنى كون العلماء ورثه الانبياء انهم وارثون لهم فى كل شئونهم، الا ما خرج بالدليل القطعى فبما أن النّبىّ صلى اللّه عليه و آله له

ولايه على الاموال و النفوس، فكذا وراثه صلى اللّه عليه و آله فان لهم أيضا ولايه عليهما. و الجواب عنه.

(اولا) أن ثبوت الحكومه و الولايه المطلقه لجميع الانبياء غير معلوم فانما الثابت بالدليل ولايه بعض منهم كسليمان و عيسى و غيرهما. الا أن يقال: بان ولايه بعضهم كافيه لا ثبات المدعى.

و (ثانيا) ان القول: بثبوت شئون النّبيّ للعلماء يستلزم وجوب اتباعهم فى

---

(۱)- اصول الكافى، الجزء (۱) باب ثواب العالم و المتعلم.

(۲)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۸) الباب (۸) من أبواب صفات القاضى.

أوامرهم الشخصيه أيضا، و لا يلتزم به أحد.

و (ثالثا) ان الحكم لا يكون محققا لموضوعه لعدم تأثير المتأخر فى المتقدم فان الروايه تدل على أن العلماء ورثه الانبياء، فيما تركوه و أما الولايه فهل هى أيضا داخله فى ذلك أم لا لا تكون الروايه ناظره اليها، بل لا بد احراز دخولها من دليل آخر حتى يشملها قوله: (ان العلماء ورثه الانبياء).

و (رابعا) انا لا نسلم كون المتعلق محذوفا فى قوله صلى اللّه عليه و آله (العلماء ورثه الانبياء) حتى يقال: ان حذف المتعلق يفيد العموم فيكون معنى ان العلماء ورثه الانبياء، كونهم ورثه لهم صلى اللّه عليهم فى جميع شئونهم، بل انه مذكور فى الكلام و هو قوله: (ان الانبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما بل ورثوا العلم) فيعلم من هذه الجمله، بالوضوح و البداهه، أن ميراث الانبياء هو العلم، فالعلماء يرثون علمهم، و أما كونهم وارثين للولايه فلا يستفاد منها.

و (منها) ما روى عن الحجه عجل اللّه تعالى فرجه الشريف (و أما الحوادث الواقعه فارجعوا فيها الى رواه حديثنا، فانهم حجتى عليكم و أنا حجه اللّه) «۱».

و

هذه الروایه تاره یبحث فیها من حیث السند و أخری من حیث الدلاله.

أما من حیث الدلاله فنقول: ان الامام علیه السّلام أوجب الرجوع الی الامام عند الحوادث، فبما أن الحوادث، جمع محلی باللام، و هو یفید العموم، تکون ظاهره فی مطلق الامور التی لا بد من رجوع الرعیه فیها الی رئیسهم، بلا فرق فی ذلک بین السیاسات و بیان الاحکام، و القضاء، و غیرها فلا تکون مختصه بالشبهه الحکمیه، و الذی یدل علی اراده العموم منها وجوه.

(الاول)- ارجاع نفس الحادثه الی رواه الحدیث، لا حکمها، فلو کان

---

(۱)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۸) الصفحه (۱۰۱)

المراد من الحوادث خصوص الشبهات الحکمیه فقط لکان المناسب أن یأمر بارجاع أحکام الحوادث الیها فیقول: أما أحکام الحوادث الواقعه فارجعوا فیها الی رواه أحادیثنا.

و (یرد علیه) أن المتفاهم العرفی من الروایه بتناسب الحکم و الموضوع و بملاحظه التعبیر عن المرجع برواه الحدیث، الرجوع فی حل أحکام الحوادث الیهم، لا ایکال نفس الحادثه لیباشرها، و لو کان مراده علیه السلام ارجاع نفس الحادثه، لکان المناسب أن یقول: (ان الحوادث الواقعه فارجعوها الی رواه أحادیثنا، و لکنه قال: (فارجعوا فیها) و من المعلوم ان معنی الرجوع فی الحادثه استعلام حکمها.

(الوجه الثانی) ان ظاهر التعلیل فانهم حجتی علیکم و أنا حجه اللّه، یقتضی اراده العموم، لان مقتضی اضافه حجیه الفقیه الی نفسه علیه السلام کونه منصوبا بالنیابه من قبله الشریف، فیکون نائبا عن الامام فی شئون الامامه، و لو کان الفقیه نائبا عن الامام فیما یتعلق بحکم اللّه تعالی کان المناسب أن یقول: انهم حجج اللّه تعالی علیکم، کما وصفهم فی مقام آخر بأنهم أمناء اللّه فی حلاله و

حرامه.

و (يرد عليه) بـانه ليس فى الروايه مـا يـدل على عموم الحجيه، و أنهم حججه فى جميع الجهـات و ان شـئت قلت: لو كان التعبير بأنهم حجه اللّه لم يكن يستفاد منه غير جهه تبليغ الاحكام فكـذلك هنا فان العرف لا يسـتفاد من هـذا التعبير غير احتجاجه عليه السلام بهم على الناس فى الواجب و الحرام.

و كـذا اضافه الفقيه بنفسه بعنوان كونه حجه لا يدل على مراد المسـتدل، لأنها اشاره الى أن الاحكام الشـرعيه لا بد أن يؤخذ من الائمه عليهم السلام، فانهم باب الاحكام فان اللّه يحتج على الناس بالامام عليه السّلام و هو يحتج عليهم بالعلماء.

فتلخص أن هذا الوجه الذى ذكروه لدلاله الحوادث على العموم لا يساعده الدليل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١١١

(الوجه الثـالث) أن وجوب الرجوع عنـد الجهـل بالاحكام الى الفقهاء يعـد من البـديهيات فى الإسـلام، و لم يكن خفيا على مثل اسحاق بن يعقوب حتى يكتب فى عـدد مسائل اشـكلت عليه، لكونه من الواضـحات بالنسـبه اليه لوجود الاخبار المتواتره الـداله على وجوب الرجوع الى الفقيه، بخلاف الولايه العامه، فانها يمكن الجهل بها.

و (يرد عليه) اولاـ ان اسـحاق بن يعقوب ليس له شـأن عنـد أصـحاب الرجال، و لم ينقل له فضل و لا فقاهه، بل لم يوثق عنـدهم أصلا، فانه ليس من قبيل الزراره و أضرابهم، حتى يستغرب الجهل بمثل هذا الحكم فى حقه.

(و ثانيـا) أن الامـور تـدريجيه، و كـل راو يتعلم الاحكـام و يطلع عليها بالتدريـج و بالسـئوال و لا تكون الاحكام من الواضـحات ابتداء.

و (ثالثا) لا نسـلم وجود الاخبار المتواتره على وجوب الرجوع الى الفقيه، بل لا يوجد الخبر الصحيح أصلا، فضلا عن تواتره، نعم أن الروايات فى باب

الرجوع الى الرواه كثيره، الا أنها أجنبيه عن المقام هذا تمام الكلام فيه من حيث الدلاله.

و أما من حيث السند فانها مخدوشه بإسحاق بن يعقوب فانه غير موثق، و أما المدح المنسوب الى مولانا الغائب عجل اللّه تعالى فرجه الشريف، فهو روى من طريق نفسه، لنفسه، فلا يفيد شيئا، لان اثبات وثاقته بهذه الروايه يكون دوريا. و اما انجبارها بعمل المشهور فممنوع صغرى و كبرا كما مر توضيحه.

و (منها) ما رواه محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن على بن حمزه قال: سمعت أبا الحسن موسى بن جعفر يقول: اذا مات المؤمن بكت عليه الملائكه، و بقاع الارض، و ثلم فى الإسلام ثلمه لا يسدها شى ء، لان المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام، كحصن سور المدينه لها «۱».

---

(۱)- اصول كافى، الجزء (۱) الصفحه (۳۸) باب فقد العلماء، الحديث (۳).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۱۲

تقريب الاستدلال بها- ان عنوان الحصنيه انما يتحقق للفقهاء اذا يحرسون الإسلام و المسلمين بسبب تبليغ أحكامه، و اجرائها بينهم و المداخله فى جميع شئونهم، و مجتمعاتهم، و سياساتهم باقامه الحكومه الاسلاميه بأن ينظم الجيش، و يحفظ المله الاسلاميه من شر الاجانب، و يسد الثغور.

و (أما) اذا لا- يجرى هذه الامور بأيدى العلماء فلا يتصور معنى محصل لكونهم حصن الإسلام، بل هو نظير بعض الاسماء بلا مسمى، و هذا يوجب تعطيل الاحكام، و سد معظم أبواب الفقه، و اذا لم يكن الفقيه مداخلا فى أمور المسلمين بايجاد النظم بينهم، و جمع شتاتهم بل كان مشغولا بالذكر، و الدعاء، و التسبيح، و ما شابه ذلك هل يصدق عليه حصن الإسلام و حافظه!

فان الجلوس فى البيت، و وضع اليد على اليد،

و مجرد الاشتغال بالذكر و الدعاء لا يعطى للفقيه عنوان حصن الإسلام، بل ان هذا فرار عن الوظيفه الشرعيه، و من المعلوم ان مجرد بيان المسائل الشرعيه لا يكفى فى كون الفقيه حصنا للإسلام فان الإسلام انما يكون محصونا اذا أقام الفقيه نظما دينيا فى المجتمع، و أجرى أحكام الحدود و التعزيرات و تهيأ مقدماته مما يتوقف عليه حفظ كيان الإسلام، و الجواب عنه.

أما من حيث السند فتكون الروايه ضعيفه بعلى بن أبى حمزه بطائنى فانه غير موثق، و مجرد أن ابن أبى عمير نقل عنه الروايه لا يدل على وثاقته.

و أما عمل المشهور على فرض تسليم انجبار ضعف السند به لا يفيد فى المقام لعدم احراز استناد المشهور عملهم بهذه الروايه، و مجرد توافق عملهم مع مضمون الروايه لا يفيد شيئا ما لم يحرز استناد عملهم اليها. و لعمرى هذا فى غايه الصعوبه و وقوعه فى سند كامل الزياره على تقدير تسليم توثيق ابن قولويه الرواه التى وقعت فى سنده، لا يفيد فى المقام، لكون توثيقه معارضا للتضعيف المنقول عن صاحب الوسائل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١١٣

و قال على بن فضال: ان على بن حمزه كذاب، و أيضا ضعفه الغضائرى، و قال الكشى ان فى ذمه روايات، فوقوعه فى سند الكامل لا أثر له حتى على مبنى من تقبل توثيقات ابن قولويه الرواه الوارده فيه.

(أضف الى ذلك) انه لا اعتبار بكونه فى بعض أسناد كامل الزياره بدعوى انه يظهر من كلام ابن قولويه توثيق جميع ما وقع فى أسناد كتابه، فانا ناقشنا فى هذا الاستدلال، و قلنا: ان القدر المتيقن من هذا التوثيق هى الطبعه الاولى التى يروى فيها ابن قولويه بلا واسطه

و اما شمول كلامه لغيره فممنوع هذا كله من حيث السند و أما من حيث الدلاله.

فأما (أولا) فينتقض بما ذكر فى باب فقد العلماء (ان الانقياء حصون الإسلام) «۱» و لو كان قوله صلى اللّه عليه و آله: (لان المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام) دالا على ثبوت الولايه للفقيه، لكان قوله: (ان الاتقياء حصون الإسلام) أيضا دالا على ذلك بلا فرق بينهما و أظن (و ان كان الظن لا يغنى من الحق شيئا) ان المستدل لا يرضى بولايه الاتقياء، و كل ما أجاب عن ذلك فنعيد عليه مثله.

و (ثانيا) انه لا ملازمه بين عدم ثبوت الولايه للفقيه، و بين تعطيل معظم الاحكام، بل البينونه بينهما من الثرى الى الثريا، فان باب الاحكام مفتوح على كلا التقديرين.

و غايه ما يمكن أن يقال فى المقام: ان اجراء الاحكام القضائيه، و الحقوق الجزائيه فى صوره عدم ولايه الفقيه غير ممكن، و لكن مجرد تعطيل حكم من أحكام الفقه لا يوجب أن يقال: بسد معظم أحكام الإسلام، و كيف يمكن التفوه بذلك مع اننا نرى بالعين اجراء معظم أحكام الإسلام و ان قلنا بعدم ثبوت ولايه الفقيه، كباب الزكاه، و الخمس و الحج، و الامر بالمعروف، و النهى عن المنكر و غيرها

---

(۱)- اصول الكافى، الجزء (۱) الصفحه (۳۳).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۱۴

من معظم أبواب الفقه.

و (ثالثا) لا نسلم استلزام القول بعدم ثبوت ولايه الفقيه تعطيل الحقوق الجزائيه أيضا، لان المنكر أيضا يلتزم بوجوب اجراء أحكام الحدود، و القصاص و بوجوب الدفاع عن الإسلام و المسلمين، و لا أنسى أن فى الحرب العالميه الثانيه حيثما هجمت الحكومه البريطانيه على العراق، أفتى الفقهاء بالدفاع، و كان السيد الوالد قدس اللّه

نفسه من جملتهم.

و (رابعا) أن مجرد وضع اليد على اليد، و الجلوس فى البيت لا يكون فرارا عن الوظيفه، بل ربما تقتضى الوظيفه وجوبه، كما يتضح ذلك عند المراجعه الى سيره الائمه كالإمام على عليه السّلام فى عصر الخلفاء الثلاث، و الحسن بن على عليه السّلام مع معاويه، و أنه لعائن اللّه عليه كان يسب أباه، و هو وضع يده على يده هل يلتزم المستدل أنهما عليهما السلام فرا عن وظيفتهما الشرعيه!

و (خامسا) انا لا نسلم أن مجرد بيان المسأله و الاحكام لا يكون مؤثرا فى حفظ بيضه الإسلام و كيانه، كيف فان بقاء الإسلام بالتبليغ و البيان كما نشاهد بالعيان، فان الفقهاء سيف ناطق للإسلام فان الإسلام بقى ببيان أحكامه، و تبليغ أساليبه، و لعمرى هذا أوضح من أن يخفى، فان خصماء الإسلام متوجهون بذلك، و لذا نرى فى الخارج أن الشيوعيين يعاندون الفقهاء بأشد العناد لأنهم يرون أن بقاء الإسلام بوجودهم، و حفظه على عهدتهم و يحافظونه بتبليغ أحكامه، و نشر آرائه.

و (سادسا) لو سلمنا أن مجرد بيان الاحكام لا يكون ترويجا للإسلام و لا يحفظ به، بل لا بد من اجراء قوانينه العاليه، الا أن ولايه الفقيه أمر، و عدم جواز تعطيل الاحكام أمر آخر، فان تلك الامور الحسبيه لا بد أن يقوم بها المسلم، و لو لم يكن فقيها، و لذا لو لم يقم الفقيه بها لفقده أو لعدم امكان تصديه يقوم بها العدل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۱۵

و على تقدير عدمه يقوم بها الفاسق فتخلص من جميع ما تقدم ان هذه الروايه ساقطه عن الاعتبار سندا و دلاله.

و (منها) مقبوله عمر بن حنظله قال: سألت أبا عبد اللّه عليه

السّلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه فى دين أو ميراث فتحاكما الى السلطان و الى القضاه أ يحل ذلك.

قال: من تحاكم اليهم فى حق أو باطل فانما تحاكم الى الطاغوت و ما يحكم له فانما يأخذ سحتا و ان كان حقا ثابتا له لأنه أخذه بحكم الطاغوت و أمر اللّه أن يكفر به قال اللّه تعالى: يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحاكَمُوا إِلَى الطّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ قلت: فكيف يصنعان قال: ينظر ان من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما، فانى قد جعلته عليكم حاكما. «۱»

تقريب الاستدلال بها- أن المراد بالحاكم من هو المتعارف من الحكام الذين ينصبهم السلطان فى الامور العامه المتعلقه بالرعيه كما كان ذلك فى القضاه المنصوبين من قبل سلاطين الجور فانهم كانوا يتصدون ذلك كلها، فان الغرض من نصب الفقهاء قاضيا فى مقابل قضاتهم سد باب المراجعه الى قضاه الجور، فلو لم تجعل للفقيه ولايه مطلقه لا يرتفع احتياجاتهم، فلا يسد باب المراجعه الى قضاه الجور.

و (يرد عليه) سندا و دلاله أما السند فمخدوش بعمر بن حنظله فانه لم يثبت وثاقته عند أصحاب الرجال الا الشهيد. فانه وثقه و لكن توثيقه لا يفيد، لكونه من المتاخرين، أضف الى ذلك أن مدرك توثيقه معلوم على ما نقل عن ابنه، و هو عباره عن الروايتين.

(الاولى) ما رواه محمد بن يعقوب، عن على بن ابراهيم، عن محمد بن عيسى، عن يونس، عن يزيد بن خليفه قال: قلت لأبى عبد اللّه عليه السّلام ان عمر بن حنظله أتانا عنك

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۸) الصفحه (۹۸) الباب (۱۱).

بوقت فقال ابو عبد اللّه عليه السّلام اذا لا يكذب علينا «۱»

(الثانيه) ما رواه إسماعيل الجعفى عن عمر بن حنظله قال: قلت: لأبى عبد اللّه عليه السلام، القنوت يوم الجمعه، فقال أنت رسولى اليهم فى هذا الحديث «۲»

(أقول): ان الروايتين المذكورتين تامتان من حيث الدلاله فانهما تدلان على وثاقته كما هو ظاهر الا أنهما ضعيفتان من جهه السند أما الروايه الاولى فهى ضعيفه بيزيد بن خليفه فانه فى سندها و هو لم يوثق و أما الروايه الثانيه فهى ساقطه عن الاعتبار بنفس عمر بن حنظله فلا تثبت وثاقته الا بالتقريب الدورى.

(لا يقال): ان الروايه المذكوره و ان كانت ضعيفه السند الا أن الاصحاب قد تلقت بالقبول، و لهذا سميت بالمقبوله، و هو جابر لضعفها.

(لأنا نقول): قد مر منا غير مره أن عمل المشهور لا يجبر ضعف الروايه و كذلك اعراضهم عنها لا يوجب و هنها، بعد شمول أدله الحجيه لها هذا أولا.

و (ثانيا) أن الوجه فى تلقى الاصحاب بالقبول ما ذكره ابن الشهيد الثانى، و هما الروايتان المذكورتان، و قد عرفت النقاش فيهما.

و (أما دلاله)- فان هذه الروايه وردت فى باب القضاء كما يظهر ذلك بملاحظه أن مورد السؤال، و التحاكم هو الترافع، فانها وردت فى قبال المخالفين لمنع الناس عن الترافع اليهم لاشتراط اعتبار الايمان فى القضاه.

و الذى يدل على ذلك قوله عليه السّلام من تحاكم اليهم فى حق أو باطل فانما تحاكم الى الطاغوت، فتخلص أن الروايه اجنبيه عن المقام، لكونها ناظره الى باب القضاء.

و (منها) روايه أبى خديجه حيث قال عليه السّلام اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا

---

(۱)- جامع الرواه، الصفحه (۶۳۳)

(۲)- نفس المصدر

و حرامنا، فانى

قد جعلته عليكم قاضيا «۱»

و تقريب الاستدلال بها علم من تقريب الاستدلال بالمقبوله فلا نعيد.

و (يرد عليها) سندا و دلاله، أما السند فمخدوش بأبى خديجه فانه محل الكلام بين الاعلام، و المراد منه هو سالم بن مكرم، الملقب بأبى خديجه و وثقه النجاشى، و قال على بن فضال: انه رجل صالح و ذهب الشيخ فى بعض كتبه الى توثيقه، و فى آخر الى تكذيبه.

و (ربما يقال): ان توثيق الشيخ فى بعض كتبه معارض مع تضعيفه فى بعض كتبه الاخر فيسقطان عن الحجيه بالمعارضه و أما التوثيقات الوارده عن غيره فتبقى سالمه عن المعارض الا أنه خلاف التحقيق، لان تضعيف الشيخ على فرض ثبوته يعارض جميع التوثيقات الوارده فى المقام، كما هو كذلك فى الخبرين المتعارضين و تحقيق الحال و تفصيل المقال موكول الى باب الترجيح و التعادل.

و لكن الذى يسهل الخطب، أن يقال: ان الشيخ (قدس سره) قد اشتبه عليه بأن المراد من ابى خديجه هو سالم بن أبى سلمه، و هو ضعيف عند الاصحاب فتضعيفه أيضا راجع اليه، و أما سالم بن مكرم الذى وقع فى سند الروايه فهو ثقه عند الجميع، و الشيخ أيضا يعترف بذلك- فعليه- تكون الروايه معتبره من جهه السند.

هذا من ناحيه السند.

و (أما الدلاله) فانها أجنبيه عن المقام، لكونها راجعه الى باب القضاء كما يظهر ذلك من قوله عليه السّلام: (فانى قد جعلته عليكم قاضيا) و منصب القاضى انما هو فصل الخصومات، لا الولايه.

و (منها) قول أمير المؤمنين عليه السّلام لشريح: يا شريح قد جلست مجلسا لا يجلسه الا نبى، أو وصى نبى، أو شقى «۲».

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۸) الصفحه (۱۱)

(۲)- وسائل الشيعه الجزء (۱۸) الباب (۳) من

أبواب صفات القاضى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۱۸

و لا مجال للخدشه فى سندها لكثره الروايات فى الباب و لورود الروايه الصحيحه بمضمونها، و هى ما رواه الصدوق باسناده عن سليمان بن خالد، عن أبى عبد اللّه عليه السّلام اتقوا الحكومه، فان الحكومه انما هى للإمام العالم بالقضاء، العادل فى المسلمين، كنبى أو وصى نبى «۱» و طريق الصدوق الى سليمان بن خالد لا بأس به،

(تقريب الاستدلال) بهذا المضمون من الروايات، ان هذا المنصب يكون للنبى و وصيه، فالفقيه وصى للنبى، فتثبت له الحكومه التى كانت للنبى.

(و يرد عليه)- ان المستفاد من الروايه أنه لا يجلس فى هذا المكان الا نبى، أو وصى، أو شقى، و لا شبهه فى أن وصيى النّبىّ هو الامام عليه السّلام، غايه الامر فى فرض فقدانه، يجوز التصدى للمجتهد مضافا بأنه ليس المقصود فى الروايه اثبات الوصايه كى يؤخذ باطلاق الكلام، بل المقصود منها التعريض للشريح و أمثاله فلا مقتضى فى الروايه لإثبات الولايه للفقيه، فانها فى مقام ذم الشريح بأن المكان الذى جلست فيه يدل على شقاوتك، لأنه يختص بالنبى و وصيه.

و (بعباره اخرى) ان المنصب من قبل اللّه جعل للنبى صلى اللّه عليه و آله و فى زمان فقدانه للإمام عليه السّلام، و لا يتصدى لهذا المنصب و لا يجلس فى هذا المجلس غيرهما الا أن يكون شقيا، و حيث ان شريح لا ينطبق عليه أحد العنوانين فيكون شقيا، ففى زمان النّبىّ يكون له المنصب، و فى زمان فقدانه للإمام، و فى عصر الغيبه للفقيه بعنوان النيابه من الامام لا من حيث انه وصى النّبىّ.

و (ان شئت فقل): ان الحكام المنصوبين فى زمان أمير المؤمنين عليه السّلام هل

كان تصديهم بعنوان أنهم أوصياء للنبى كلا بل بعنوان النيابه عن ولى الامر، و باذنه ففى زمان الغيبه أيضا الامر كذلك فلا تثبت الولايه للفقيه بهذه الروايه.

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۸) الصفحه (۷) الحديث (۳).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۱۹

و (بتقريب آخر) يستفاد من الروايه انه لا يتصدى لهذا المقام، و لا يجلسه فى هذا المجلس الا النّبىّ و وصيه، و هذا عام قابل لان يخصص و يقيد حيث انه ليس من العمومات العقليه الغير القابله للتخصيص و بعد ما ثبت بالدليل جواز تصدى الفقيه لهذا الامر نخصص العام المذكور بهذا الدليل و نقول: لا يجوز لأحد التصدى فيه الا الفقيه و هذا واضح كمال الوضوح.

و ربما يستدل لإثبات ولايه الفقيه بالدليل العقلى،

و هو انا نعلم بالقطع و الوجدان أن الدين الاسلامى دين خالد باق الى يوم القيمه، فان الله سبحانه و تعالى جعل دين الإسلام، قانونا للبشر فى جميع الاعصار و أراد أن ينظم المجتمع بالنظام الاسلامى الاعلى.

و أيضا نعلم أنه سبحانه و تعالى لا يرضى بترك بعض الامور التى يوجب تركه اختلال نظم المجتمع، كالتصرف فى مال الصغير اذا مات أبوه و لم ينصب قيما على صغاره، و احتيج الى بيع مالهم أو تزويج صغيره منهم اذا كانت فيه مصلحه بحيث تفوت لو ترك تزويجها، أو التصرف فى مجهول المالك اذا كانت فيه مصلحه للمالك و غير ذلك من الامور التى لا يرضى الشارع بتركها ففى هذه الصوره لا- يخلو الحال من ثلاث لا- رابع، اما ترك هذه الامور و ايقافها على حالها، و اما المراجعه الى قضاه الجور، و اما الالتزام بثبوت الولايه المطلقه للفقيه، و حيث ان الوجهين الاولين لا يمكن الالتزام بهما، فيتعين الثالث أعنى

ثبوت الولايه للفقيه.

(و يرد عليه) بأنا ذكرنا سابقا أن الالتزام بايقاف أحكام الإسلام غير صحيح لان قوانين الإسلام موضوعه للعمل بها، لا أن يعطل، و لا بد أن يجرى هذه الاحكام بيد الفقيه لكونه القدر المتيقن، فان الامور الحسبيه التى هى حتميه التحقق فى الخارج له أن يقوم بها.

و الحاصل أن كل أمر لا يمكن للشارع اهماله لا بد أن يتصرف الفقيه فيه،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۲۰

لأنه القدر المتيقن، و أن مع وجوده لا نحرز جواز تصدى غيره، فان كون توليه الامور الحسبيه بيد الفقيه من باب الضروره، و من الظاهر أن هذا غير الولايه المطلقه و لا تستكشف عن وجودها للفقيه بأن تكون له ولايه مطلقه، كولايه النّبىّ، و الائمه حتى يتصرف فى غير الموارد التى لم يعلم عدم رضا الشارع بتركها، فلا يجوز للفقيه الحكم بثبوت الهلال، أو نصب القيم أو المتولى من دون أن ينعزلا بموته، لأنه من شئون الولايه المطلقه، و المفروض عدم ثبوتها للفقيه كما عرفت.

و صفوه الكلام فى المقام، ان كلما علم أن الشارع لا يرضى بتركه فلا بد من القيام به باجازه حاكم الشرع، كالتصرف فى مال القصر، و مجهول المالك، و كلما كان فى ترك التصرف ضرر فولايته تكون بقدر دفع الاضطرار من باب الحسبه و له أن يداخل فى الامور الاجتماعيه و غيرها بمقدار ما يرتفع به الضروره، لا على نحو الاطلاق.

فتلخص أن الولايه للفقيه بمعناها الاول لم يقم الدليل عليها

و يقع الكلام فى [القسم الثانى أى] توقف فعل الغير على اذنه.

فنقول يقع الكلام تاره فى مقتضى الاصل العملى، و أخرى فى مقتضى الاصل اللفظى.

أما مقتضى الاصل العملى

فنقول لو شك فى اشتراط الاستيذان من الفقيه، فتاره يشك فى كونه شرطا للوجوب و أخرى فيما يحتمل كونه شرطا للوجود.

أما على الاول، فلا يجب التصدى لان الواجب المشروط ينقضى عند عدم شرط

وجوبه، و مع الشک یجری الاصل و یحکم بعدم الوجوب.

و أما علی الثانی فلو شک فی اشتراط واجب باذنه، فنقول کلما فرض وجوبه فاما یتعلق بمال الغیر أو عرضه، أو نفسه، کالتصرف فی أموال القاصرین و اما یتعلق بفعل نفس المکلف کصلاه الجمعه.

أما علی الاول، فمقتضی القاعده عدم الجواز الا مع الاذن، فان الخارج من

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۱۲۱

مورد دلیل الحرمه صوره الاذن و أما فیما لا یتعلق بالغیر فمقتضی البراءه عدم الاشتراط لما قرر فی محله من بحث الاقل و الاکثر، هذا ما یقتضیه الاصل العملی.

و أما مقتضی الاصل اللفظی

فتاره فی المقام اطلاق یقتضی وجوب شی ء بلا اشتراطه بشی ء، فذلک الفعل جائز بلا احتیاج الی اذن الفقیه، لکن لا یخفی أن مثل قوله عون الضعیف من أفضل الصدقه و ما بمضمونه «۱» لا یفید اذ مثل هذا الدلیل لیس فی مقام بیان ما یتحقق به الصدقه، و لذا لا یجوز التصرف فی مال الیتیم بهذا الدلیل.

و أخری یکون مقتضی الدلیل اللفظی اشتراط الاستیذان فالامر فی هذه الصوره أوضح من أن یخفی.

قمّی، سید تقی طباطبایی، دراساتنا من الفقه الجعفری، ۲ جلد، مطبعه الخیام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفری؛ ج ۳، ص: ۱۲۱

المیزان الکلی فی تشخیص موارد الاحتیاج الی اذن الفقیه

أقول ان کل أمر من الامور اذا کان موردا لقاعده الاشتغال علی مبنی المشهور و موردا للاستصحاب علی المختار، فلا بد أن یکون التصرف باذن الفقیه، و ذلک کما فی التصرف فی الاموال، و الانفس، و الاعراض.

و أما اذا کان الاصل الجاری فیها موردا للبراءه فلا یحتاج التصرف فیها الی اذن الفقیه. و ذلک کما فی الصلاه علی المیت الذی لا ولی له، فانه بعد ما ثبت ان وجوب الصلاه علی المیت المسلم من المسلمیات و یشک فی اشتراط اذن الفقیه، و مع الشک فیه تجری اصاله براءه عدم اشتراطها بشی ء، فلا یحتاج الی اذن الفقیه.

---

(۱)- اصول الكافى، الجزء (۲) الصفحه (۲۰۰).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۲۲

مسأله: بعد ما ثبت عدم ولايه الفقيه بل قلنا: بجواز تصرفه فى الامور الحسبيه من باب كونه القدر المتيقن، فنقول: هل يلزم أن يكون أعلم، أو يكفى كونه فقيها!

أفاد السيد الاستاذ أن الاعلميه المعتبره فى باب التقليد لا يشترط فى المقام، لان لازم ذلك أن تكون الولايه لشخص واحد على مجهول

المالك و مال القصر من المجانين، و الايتام، و الاوقاف التى لا متولى لها و الوصايا التى لا وصى عليها، و غيرها من الامور الحسبيه، و من المستحيل عاده قيام شخص واحد عادى للتصدى بجميع تلك الامور على كثرتها فى الاماكن المختلفه.

و الحاصل أنه لا يمكن للشخص الواحد العادى، التصدى لجميع هذه الامور فتصل النوبه الى غير الاعلم أيضا.

و يرد عليه أولا لا نسلم عدم امكان تصرف الفقيه الواحد فى جميع شئون الممالك الاسلاميه، بل نرى خلافه فى الخارج بالعين و الوجدان، و لذا فى الممالك الكبرى يتصدى شخص واحد بعنوان رئيس الجمهور لجميع امور المملكه.

و ثانيا لا نسلم جواز تصرف غير الاعلم مع وجود الاعلم، لان ولايه الاعلم فى الامور الحسبيه، انما كانت من باب دوران الامر بين التعيين، و التخيير، و ان التعيين مقدم على عدله كما هو محقق فى الاصول، و هذا المعنى بعينه جار فى المقام لان جواز تصرف غير الاعلم مع وجود الاعلم مشكوك، بخلاف الاعلم، فانه مأذون قطعا، اما لأجل كونه متعينا عليه، و اما لكونه فردا من الناس الذين يجب عليهم التصدى لذلك.

و من هنا ظهر أن التصرف فى سهم الامام عليه السّلام أيضا يتوقف على اذن الفقيه بعين الملاك الذى بيناه، و ذلك انا اذا علمنا برضى الحجه بالتصرف فيه و عدم رضاه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٢٣

بالقائه فى البحر، أو دفنه، أو توديعه عند الامين ليودعه عند أمين آخر و هكذا الى أن يصل الى الامام عليه السّلام عند ظهوره، و مع وجود الفقيه لا يحرز جواز تصرف الغير كذا مع وجود الاعلم لا يجوز التصرف لغير الاعلم، لان الاعلم مأذون من قبل الحجه قطعا،

و أما غيره فمشكوك فتجرى اصاله عدم جواز تصرفه فى مال الغير، فثبت أن التصرف فى سهم الامام عليه السّلام يتوقف على اذن الفقيه الاعلم و الذى يخطر ببالى أن الاستاذ أيضا اختار هذا المسلك.

الكلام فى ولايه عدول المؤمنين

اشاره

قوله: (اعلم أن ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولايه الفقيه) «۱»

اقول: اذا كان الفقيه متعذر الوصول اليه، بعدم وجوده فى البلد مثلا، أو بعدم وجوده فيها أصلا، أو بغير هما، فهل يجوز التوليه لا حاد المسلمين أم لا.

و التحقيق أن يفصل بينما اذا كان الامور مطلوب الوجود عند الشارع من غير دخاله الشخص الآتى بها فى مطلوبيتها و بينما اذا علم أو احتمل كون مطلوبيتها مختصه بشخص خاص كالفقيه مثلا.

فعلى الثانى لا يجوز لغير الفقيه أن يتصرف فيها لأصاله عدم مشروعيته، و- لأنه ليس وجوده مطلوبا مطلقا من غير دخاله الآتى بها على الفرض، بل المطلوب حصه خاصه من الوجود، و هى كونه باذن الفقيه، و ذلك كما فى بعض مراتب النهى عن المنكر، و هو فيما اذا بلغ حد الجرح، فان اطلاق أدله النهى عن المنكر قاصر عن الدلاله بجواز هذه المرتبه منه، فاذا شك فى مشروعيتها، فالمجرى أصاله

---

(۱)- المكاسب، الصفحه (۱۵۵) السطر (۱۷).

العدم، فهذه الصوره خارجه عن محل الكلام، لعدم الخلاف فى اشتراط اذن الفقيه فيها.

و انما الكلام فى الصوره الاولى، و هى صوره العلم بكون هذه الامور مطلوبه الوجود للشارع من غير انتساب الى شخص، و انه لا يرضى بتركها، لاستلزامه اختلال النظام، و غيره من المحذورات و ذلك كما فى الامور الحسبيه. و الظاهر جواز التوليه لآحاد المؤمنين فى الجمله، لان مطلوبيته

للشارع مقطوع على الفرض بحيث لا يرضى بتركه، و اعتبار نظاره الفقيه ساقط بتعذر الوصول اليه، فيتعين جواز تصرف المؤمنين فيها، و هذا مما لا كلام فيه ظاهرا، و انما الكلام فى اعتبار العداله و عدمه.

قوله: (و هو مقتضى الاصل و يمكن أن يستدل عليه ببعض الاخبار) «۱».

أقول: تاره يقع البحث فيما تقتضيه القاعده الاوليه، و اخرى بالنظر الى الروايات الوارده فى المقام.

أما على القاعده

فلا بد أن يقال: باعتبار العداله فى المتصدى لهذه الامور.

- و الوجه فيه- كما تقدم منا أن التصرف فى أموال الغير و أموره يكون على خلاف الاصل، فان مقتضاه عدم جواز دخاله أحد فى أمور غيره كما أن مقتضى الاستصحاب عدم نقل ما نقله غير العادل بالبيع و أمثاله و لكنك عرفت سابقا أن الامور التى لا يرضى الشارع بتركه و يكون وجوده مطلوبا عنده فى جميع الازمان، و لم يؤخذ فى دليلها صدورها من شخص خاص، و لا يتمكن الوصول الى الفقيه، فلا بد أن يتصدى المؤمنون بقدر الكفايه فى هذه الامور، و القدر المتيقن منهم العادل اما لأجل تعينه عليه، و اما لكونه من آحاد المسلمين، فمع وجوده لا تصل النوبه الى غير العادل، لكون تصرفه فى هذه الامور مشكوك الجواز، فيحكم على عدمه بالقاعده.

---

(۱)- المكاسب، الصفحه (۱۵۵) السطر (۳۵).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۲۶

ان قلت ان مقتضى الاصل العملى و ان كان عدم جواز تصرف الفاسق و هذا أمر لا ينكر، الا أن مع وجود الادله، الاجتهاديه، لا تصل النوبه الى الاصول العمليه، كما حقق فى محله، فان المطلقات الوارده الداله على جواز التصرف فى- الامور الحسبيه تشمل باطلاقها الفاسق أيضا.

و هى كقوله: (من اشبع مؤمنا وجبت له الجنه) «۱» و قوله: من أعان مؤمنا نفس اللّه عز و جل عنه ثلاثا و

سبعین کربه ...) «۲» و کقوله: تنافسوا فی المعروف لإخوانکم «۳» و غیر ذلک من الاطلاقات الداله علی جواز اعانه الغیر بل علی استحبابه.

قلت: ان الروایات المذکوره وردت فی مقام مدح المؤمنین و تحریصهم علی الاتیان بالمعروف، و أما اتیان الفاسق فهل هو من المعروف أم لا، فلیست الروایات ناظره الیها، لأنها فی مقام بیان الحکم، و انه لا یحقق موضوعه، فمعروفیه تصرف الفاسق لا بد أن تثبت بأدله اخری حتی تدل هذه الروایات علی جواز تصرفه.

و بعباره اخری أن قوله علیه السّلام (من أعان مؤمنا) یبین أن الاعانه علی الوجه الجائز فی الشریعه المقدسه مستحبه و أما اعانه الفاسق و تصرفه فی مال الغیر هل هی جائزه أم لا فلیست الروایات المذکوره فی مقام بیانه و لذا لا یتوهم أحد ان مثل هذا الدلیل یدل علی جواز التصرف فی مال الغیر، کی یقع التعارض بینه و بین دلیل حرمه التصرف، هذا تمام الکلام بالنسبه الی القاعده الاولیه.

و أما بالنظر الی الروایات الوارده فی المقام

فهی کثیره، و لا بد أن یبحث فی سند کل منها، و دلالتها علی حده، و نحن نذکر بعضها.

---

(۱)- اصول الکافی، الجزء (۲) الصفحه (۲۰۰).

(۲)- اصول الکافی، الجزء (۲) الصفحه (۱۹۸).

(۳)- اصول الکافی، الجزء (۲) الصفحه (۱۹۵).

(منها) صحیحه محمد بن اسماعیل بن البزیع قال: مات رجل من أصحابنا و لم یوص فرفع أمره الی قاضی الکوفه فصیر عبد الحمید القیم بماله، و کان الرجل خلف ورثه صغارا و متاعا و جواری، فباع عبد الحمید المتاع، فلما أراد بیع الجواری ضعف قلبه عن بیعهن اذ لم یکن المیت صیر الیه وصیته، و کان قیامه فیها بأمر القاضی لأنهن فروج، قال: فذکرت

ذلك لأبى جعفر عليه السّلام و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا، و لا يوصى الى أحد، و يخلف جوارى فيقيم القاضى رجلا منا فيبيعهن، أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى فى ذلك؟ قال: قال: اذا كان القيم به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس «۱».

أقول: أن قوله عليه السلام (اذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد) فيه احتمالات.

(الاول) أن تكون المماثله فى العداله.

(الثانى) أن تكون المماثله فى الوثاقه.

(الثالث) أن تكون المماثله فى الفقاهه.

(الرابع) أن تكون المماثله فى التشيع.

(الخامس) أن تكون المماثله فى جميع ما ذكر.

و (ربما يقال): أن الاحتمال الثالث منتف قطعا، لان عبد الحميد لم يكن فقيها قطعا فيتعين الامر بين الاحتمالات الاخر.

و (يرد عليه): أولا أن عدم كون عبد الحميد فقيها لم يثبت عندنا و مع احتمال كونه فقيها يلزم اشتراطها اذ بدون اشتراط الفقاهه يشك فى المماثله، فلا يترتب الحكم.

(و ثانيا) لو سلمنا أن عبد الحميد لم يكن فقيها الا أنه يكفى كون ابن بزيع

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۲) الصفحه (۲۷۰) الباب (۱۶) من أبواب عقد البيع و شروطه.

فقيها اذ يلزم أن يكون مثلهما، و مع عدم الفقاهه لا يكون مثل ابن بزيع، و أما كونه كعبد الحميد مثلا فمشكوك فيه، و مع الشك لا يؤخذ بالدليل، فيستفاد من مفهوم الروايه ان غير الفقيه لا يمكن له التصدى فى الامور و عليه- فالصحيحه المذكوره تكون دليلا على لزوم كون الفقيه قيما، و أما غيره فلا يجوز تصديه بدلاله مفهومها و الفرض فى المقام تعذر الوصول الى الفقيه و البحث بأن للعدول من المؤمنين ولايه فى فرض التعذر

أم لا؟ و الروايه تدل بمفهومها على عدم ولايتهم لأنها انحصرت بمفهوم الروايه على الفقيه.

(ان قلت): كما أن الروايه بمفهومها تدل على نفى الولايه عن غير الفقيه كذلك تدل على نفيها عن غير العادل، فيلزم منها عدم جواز تصدى الفاسق على فرض عدم تمكن الوصول الى العادل.

و بعباره أخرى يلزم من التقريب المذكور عدم جواز التصدى للفاسق حتى مع عدم العادل، و الحال أنه لا يمكن الالتزام بهذا الامر كيف و المفروض أن الكلام فى الامور الحسبيه.

قلت: ان فرض عدم تمكن الوصول الى العادل خارج عن هذه الروايه سؤالا و جوابا، لان هذا الفرض نادر جدا، فلا تكون الروايه ناظره الى هذه الصوره.

(و ثانيا) ثبوت الولايه للفاسق مع عدم العادل ثابت بالضروره لا بهذه الروايه كما هو ظاهر.

ان قلت: ان العداله لم تلاحظ فى الروايه أصلا، لان عبد الحميد تصرف فى الاموال بلا اذن من الامام، و باع المتاع بدون الاذن لكن حينما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه أ ليس التصرف فى المتاع على خلاف العداله.

قلت: ان جواز التصرف فى المتاع كان عند عبد الحميد أمرا مقطوعا به، و لم يحتمل خلافه أصلا، و لذا لم يضعف قلبه عند التصرف فيه، و حين أراد أن

يتصدى لبيع الجوارى و احتمل احتياجه الى الاذن لكونه من الامور التى اهتم بها الشارع ضعف قلبه لذلك و سئل حكمه عن الامام، و هذا دليل على عدالته، بل على شده تورعه لأنه بمجرد احتمال احتياجه الى الاذن كف نفسه عن التصرف فى مال الغير.

و (منها) ما رواه محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى و غيره، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن اسماعيل

بن سعد الاشعری قال سألت الرضا علیه السّلام عن رجل مات بغیر وصیه و ترک اولادا ذکرانا غلمانا صغار او ترک جواری و ممالیک هل یستقیم أن تباع الجواری؟

قال: نعم، و عن الرجل یموت بغیر وصیه و له ولد صغار و کبار أ یحل شراء شی ء من خدمه و متاعه من غیر أن یتولی القاضی بیع ذلک، فان تولاه قاض قد تراضوا به و لم یستعمله الخلیفه أ یطیب الشراء منه أم لا؟ فقال: اذا کان الاکابر من ولده معه فی البیع فلا بأس اذا رضی الورثه بالبیع، و قام عدل فی ذلک «۱».

فهذه الروایه أیضا تامه دلاله و سندا، فتحصل أن المستفاد من هاتین الروایتین اعتبار العداله فی المتصدی لمال الیتیم الا انه یستفاد من بعض الروایات کفایه ملاحظه مصلحه الیتیم فی القیم سواء کان عادلا أم لا.

و ذلک ما رواه محمد بن یعقوب، عن عده من أصحابنا، عن سهل بن زیاد، عن ابن محبوب، عن ابن رئاب قال: سألت أبا الحسن موسی علیه السّلام عن رجل بینی و بینه قرابه و مات و ترک أولادا صغارا، و ترک ممالیک غلمانا و جواری و لم یوص فما تری فیمن یشتری منهم الجاریه فیتخذها أم ولد؟ و ما تری فی بیعهم؟ قال: فقال: ان کان لهم ولی یقوم بأمرهم باع علیهم و نظر لهم و کان مأجورا فیهم، قلت: ما تری فیمن یشتری منهم الجاریه فیتخذها أم ولد؟ فقال لا بأس بذلک اذا باع علیهم القیم لهم الناظر

---

(۱)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۲) الصفحه (۲۶۹) الباب (۱۶) الحدیث (۱)

فیما یصلحهم، فلیس لهم أن یرجعوا فیما صنع القیم لهم الناظر فیما

يصلحهم «۱».

و لهذه الرايه طرق ثلاثه.

(الاول) طريق الكلينى، و هو ضعيف لا يعتمد عليه.

(الثانى) طريق الشيخ. و هو صحيح.

(الثالث) طريق الصدوق، و هو أيضا صحيح، فالروايه تامه من حيث السند فتدل على كفايه رعايه اليتيم فى القيم بأن يراعى مصلحه اليتيم سواء كان عادلا أم فاسقا.

و (منها) موثقه زرعه عن سماعه قال: سألته عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصيه، و له خدم و مماليك و عقد كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث؟ قال: ان قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس «۲».

و هذه الروايه أيضا تدل على كفايه الوثاقه، و لم تقيد التصرف بالعداله فانها و ان كانت مضمره، الا أن الاضمار عن مثل السماعه غير مضر لعلو شأنه، و رفعه مرتبته من أن يسئل عن غير الامام عليه السّلام.

فتلخص أن المستفاد من هاتين الروايتين كفايه الوثاقه فى المتصدى لأمور الصغار سواء كان عادلا- أم لا- و المستفاد من الصحيحتين السابقتين، اعتبار العداله فيه كما عرفت فيخصص اطلاق هاتين الروايتين بمفهوم الصحيحتين الدالتين على اعتبار العداله، فتكون العداله شرطا فيه.

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۲) الصفحه (۲۶۹) الباب (۱۵) الحديث (۱)

(۲)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۳) الباب (۸۸) من أبواب أحكام الوصايا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۳۱

الكلام فى ولايه الفاسق

قوله: (و أما ورد فيه العموم). «۱».

أقول: بعد الفراغ عن ولايه الفقيه ثم ولايه العادل يقع الكلام فى ولايه الفاسق و ملخص كلامه (قدس سره) أن ثبوت الولايه لغير الحاكم يحتاج الى عموم عقلى.

أو نقلى كى يدل على رجحان التصدى لذلك المعروف حتى فى صوره كون المتصدى فاسقا، فلا بد أن يبحث فى المقام عن وجود الدليل و عدمه.

قال (قدس

سره) أن الکلام فی الفاسق یقع من جهتین.

(الاولی) فی جواز مباشره الفاسق و تکلیفه بالنسبه الی نفسه، و انه هل یکون مأذونا من الشرع فی المباشره أم لا؟

(الثانیه) فیما یتعلق بالغیر بأنه هل یجوز للغیر ترتیب الاثر علی فعله بأن یشتری منه اذا لم یعلم وقوعه علی وجه المصلحه أم لا؟

أما (الناحیه الاولی) فالظاهر جواز تصرفه بالمباشره، و ان العداله لیست معتبره فی المباشر. و استدل لهذا بأمرین.

---

(۱)- المکاسب، الصفحه ۱۵۶ السطر (۱۶).

(الاول) عموم أدله رجحان التصدی للمعروف کقوله: عون الضعیف من أفضل الصدقه «۱».

(الثانی) عموم قوله تعالی: (وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ)*. «۲»

و أما صحیحه محمد بن اسماعیل فهی و ان کانت ظاهره فی اشتراط العداله الا أنها محموله علی صحیحه ابن الرئاب، و موثقه زرعه الدالتان علی جواز تصدی الفاسق فاذا صلی الفاسق علی میت لا ولی له فالظاهر سقوطها عن غیره، بعد العلم بوقوعها عنه، و الشک فی صحتها لا یضرب المقام هذا کله فی الناحیه الاولی.

و (أما الناحیه الثانیه) أعنی صوره تعلق فعله بفعل الغیر، فالظاهر اشتراط العداله فیها، لصحیحه إسماعیل بن سعد و موثقه زرعه المتقدمتین و لا یجدی هنا حمل فعل المسلم علی الصحه کما قلنا به فی مثل صلاه المیت لان مورد هذه القاعده فیما علم صدور أصل الفعل من المسلم و شک فی صحته و فساده، و أما اذا شک فی صدور أصل الفعل فلا مجال للتمسک بهذه القاعده لإثبات صدوره منه.

و ان شئت فقل ان شراء مال الیتیم لا بد أن یکون فیه مصلحه له و لا یجوز ذلک باصاله صحه البیع کما لو شک فی

صحه البيع و فساده من جهه الشك فى بلوغ البائع و عدم بلوغه فلا يجدى أصاله الصحه فيه لان اجرائها لا يوجب احراز بلوغه المشروط به جواز الاشتراء منه هذا تمام كلامه بتوضيح منا.

أقول: و فيما أفاده مواضع للنظر:

(الاول) ان ما أفاده من الاستدلال لإثبات عدم اعتبار العداله بعموم أدله فعل المعروف، كقوله عليه السّلام: (عون الضعيف من أفضل الصدقه) ممنوع، لعدم جواز التمسك بهذه الادله لا ثبات جواز تصدى الفاسق لان غايه ما يستفاد منها رجحان

---

(۱)- اصول الكافى، الجزء (۲) الصفحه (۲۰۰).

(۲)- سوره الانعام، الايه (۱۵۲).

التصدى للفعل المعروف و أما تصرف الفاسق فهل هو من المعروف كى تدل الروايات على رجحانه أم لا أول الكلام.

و بعباره أخرى- ان الروايه تدل على مدح فعل المعروف و رجحانه، و هو الحكم، و لا تدل على كون تصرف الفاسق من المعروف لان الحكم لا يحقق موضوعه، فمعروفيه فعل الفاسق لا بد أن يحرز بدليل آخر، حتى يمكن أن يستدل على رجحانه بهذه الروايه.

(الثانى) أن حمل صحيحه محمد بن اسماعيل على صحيحه ابن رئاب و موثقه زرعه الدالتين على كفايه مراعاه المصلحه فى ولى الصغار لا وجه له، لأنه قد عرفت منا أن الصحيحه و الموثقه مقيدتان بصحيحه ابن رئاب الداله على اعتبار العداله فى الولى.

(الثالث) ان الاستدلال بقوله تعالى: (وَ لَا تَقْرَبُوا ...)* لا ثبات ولايه الفاسق غير صحيح، لان الايه تكون بصدد بيان كيفيه التصرف، و جواز التصرف فى مال اليتيم اذا كان حسنا، و عدم جوازه اذا لم يكن متصفا بهذا، و أما الفاسق فهل يجوز له التصرف أم لا، فليست الايه فى صدد بيانها.

و ملخص الكلام أن

الایه بصدد بیان ما یجوز من التصرف و ما لا یجوز، و أما من یجوز له التصرف و من لا یجوز فهی مهمله من هذه الجهه.

(الرابع) ان المقـام لاـ یقاس بالشک فی البلوغ، فان غیر البالغ لا یجوز له التصـدی للبیع، و أما الفاسق فیجوز له التصـدی لبیع مال الیتیم، فلو شک فی أنه عمل علی طبق الموازین الشرعیه أم لا، یحمل فعله علی الصحه بمقتضی اصاله الصحه.

(الخامس) ان ظاهر تفصیله فعل الفاسق بینما تعلق بفعل غیره و بین تکلیفه بالنسبه الی فعل نفسه، یعطی کون العداله مأخوذه علی وجه الطریقیه لا الموضوعیه

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۱۳۴

و هو خلاف الظاهر.

اللهم الاـ أن یقال: ان التفصـیل بین المقامین انما یکون بلحاظ الجمع بین الروایات بأن یکون ما قیـد بالعـداله راجعا الی ما یتعلق بفعل الغیر، و ما یکون مطلقا من هذه الجهه راجعا الی فعل نفسه، فلا یتوجه الایراد، و اللّه العالم.

فتلخص مما ذکرنا أن الامور العامه التی لا یرضـی الشارع بترکها، مع التمکن من الفقیه لا یجوز تصـدی غیره لأنه القدر المتیقن، لعـدم احتمـال ترخیص غیر الفقیه دونه، بخلاـف عکسه، و أمـا اذا تعـذر الوصول الیه فتصل النوبه الی عـدول المؤمنین فلا یجوز للفاسق أن یتصرف فی الامور العامه مع وجود العدول، نعم اذا تعذر الوصول الی العدل، فیجوز تصدی الفاسق لهذه الامور، علی الوجه الشرعی.

قوله: (ثم ان حیث ثبت جواز تصرف المؤمنین ...).

أقول خلاصه کلامه انه (قدس سره) فصل بین ولایه عدول المؤمنین و ولایه الفقیه حیث ذهب فی الاول الی جواز المزاحمه، فلو نقل دار الصغار مثلا بعقد جائز فللعادل الاخر فسخه فی صوره کون الاسترداد مصلحه للصغار، لان جواز

تصرف العادل لا- يكون على وجه النيابه عن الحاكم، و هو غير منصوب لذلك بل انما هى من باب صرف التكليف، فمجرد وضع يده على مال الصغار لا يمنع الاخر عن ذلك.

و (أما الثانى) أعنى جواز مزاحمه حاكم الشرع للاخر فهل يجوز للفقيه أن يزاحم الاخر أم لا؟

فان قلنا: ان دليل حكومه الفقيه يكون التوقيع الوارد عنه عليه السّلام و ما بمعناه جاز مزاحمته قبل وقوع التصرف لان المخاطب بوجوب ارجاع الامور الى الحكام هم العوام فالنهى عن المزاحمه يختص بهم.

و أما ان قلنا: ان الدليل فيها هى الادله التى مفادها كون الفقيه نائبا عن الامام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۳۵

فلا يجوز للفقيه الثانى أن يزاحمه لان تصرفه فى الامور كتصرف الامام فيها، فتكون مزاحمته كمزاحمه الامام و هو لا يجوز، و لا يقاس المقام بتعدد الوكلاء للموكل الواحد فى أن دخول أحدهما لا يمنع الاخر لان الوكاله تاره تفرض فى نفس التصرف لا فى مقدماته، فما دام لم يتصرف الاول، لا وجه لمنع تصرف الاخر بمجرد اقدامه على مقدمات التصرف.

و اخرى يفرض الوكاله على نحو ان يكون الزام الوكيل عين الزام الموكل و دخوله فى الامر كدخول الموكل و أيضا يفرض عدم دلاله دليل وكالتهم على مزاحمه نفس الموكل، فيكون تعدد الوكلاء أيضا نظير المقام.

اقول و ينبغى ان يبحث هنا تاره فى مقام الثبوت و اخرى فى مقام الاثبات و ثالثه من جهه الامور الخارجيه.

اما الاول و هو مقام الثبوت، فالظاهر انه لا مانع من مزاحمه احد المجتهدين للاخر بلا فرق بين ان يكون الدليل على ولايه الفقيه هو التوقيع الشريف، او العمومات الداله على النيابه، لعدم جعل النيابه من قبل الامام لشخص

معين بل كل من اجتمع فيه الشرائط، فهذا المنصب مجعول له.

و اما قوله: (قدس سره) فدخول الفقيه الثانى فيه و بنائه على التصرف مزاحمه له فهو كمزاحمه الامام. لا يمكن المساعده عليه لان ما ثبت حرمته شرعا و ممنوعيته عقلا- مزاحمته غير الامام مع الامام و اما مزاحمه الامام مع الامام فلم يثبت حرمته، و المفروض فى المقام ان كليهما نائبان من الامام بتنزيل الشارع، فيزاحم الامام التنزيلى مع الاخر و لا مانع فيها لا سيما اذا ترتب المصلحه على هذه المزاحمه.

و اما قوله (قدس سره) بالفرق بين المقام و بين تعدد الوكلاء بان الوكلاء اذا فرضوا و كلاء فى نفس التصرف الخ.

فأقول ان وكاله الوكيل اما مهمل و اما مطلق و اما مقيد اما الاهمال فلا يعقل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٣۶

فى الواقعيات و اذا كانت مقيده بمورد خاص فله ان يعمل على ما قيد فى وكالته و اما اذا كانت مطلقه فان كان تصرف الاخر حين دخول الاول فى المقدمات فلا تزاحم أصلا لعدم وقوع تصرفه على ذى المقدمه و أما ان كان بعد تصرف الاول فلا وجه لتصرف الثانى.

و ان كان تصرفهما فى المال فى آن واحد فيتعارضان فيتساقطان حسب قانون التعارض، هذا تمام الكلام الى هنا.

فتلخص انه لا- مانع ثبوتا من مزاحمه الفقيه مع الاخر هذا فى مقام الثبوت و اما مقام الاثبات فلا بد ان يلاحظ ان المدرك فى الولايه للفقيه هل هو الاطلاقات او الضروره او الاجماع. فان كان المدرك هى الاطلاقات المتقدمه كقوله: (العلماء ورثه الانبياء) و قوله: (الفقهاء امناء الرسل) و قوله: (اللهم ارحم خلفائى) و غيرها من الاطلاقات فكلاهما يتساويان فى كونهما ورثه الانبياء، و

کذلک فی کونهما امناء الرسل و فی کونهما خلیفتین للرسول الاعظم فکلاهما مشمولان لقوله علیه السّلام فانه حجتی علیکم علی السواء و علیه لا وجه للقول بعدم جواز التزاحم مع انهما یتساویان فی المنصب.

و ان کان المدرک هی الضروره فبمجرد اقدام الفقیه الاول لا ترفع الضروره بل هی باقیه بحالها السابق فللثانی أیضا ان یتصدی الامور بنفس الملاک الذی اوجب اقدام الاول علی ذلک.

و ان کان المدرک هو الاجماع فالقدر المتیقن منه فیما اذا لم یتصد الفقیه الاخر بذلک و مع تصدی الفقیه لا اجماع علی جواز تصدی غیره الا ان المدرک لیس الاجماع فی المقام لکونه مدرکیا.

و أما (المقام الثالث) فهو بالنسبه الی ما یترتب علی المزاحمه من المفاسد کما اذا لزم من دخاله الاخر و تزاحمه مع الاول، هتکه او کان موجبا لعدم فصل

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۱۳۷

الخصومه و تعطیل الاحکام او مفاسد اخری فالحق ان یقال بعدم جواز المزاحمه فی جمیع هذه الصور کما هو واضح.

فتلخص من جمیع ما ذکرناه جواز مزاحمه الفقیه مع الاخر ثبوتا و اثباتا و عدم جوازها بالنظر الی العناوین الثانویه هذا اذا کان الفقیهان متساویان فی الفضیله.

و أما اذا کان احدهما أعلم من الاخر فالقدر المتیقن منها نفوذ أمر الاعلم و لا یجوز لغیره دخاله الامور مع وصول الید الی الاعلم لحکم العقل بالتعیین فیما دار الامر بین التعیین و التخییر.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۱۳۸

الکلام فی ان تصرف غیر الاب و الجد فی اموال الیتیم مشروط بملاحظه الغبطه له أم لا؟

اشاره

قال: الشیخ (ره) ثم انه هل یشترط فی ولایه غیر الاب و الجد فی اموال الیتیم ملاحظه الغبطه للیتیم أم لا؟

قال الشهید فی القواعد فیه و جهان و ذهب الکثیر الی اشتراطه و ادعی صاحب مفتاح الکرامه انه

اجماعی و کذلک یظهر من التذکره فی باب الحجر انه اتفاقی و عن شرح القواعد انه ظاهر الاصحاب و صرح الشیخ و الحلی علی اشتراط المصلحه حتی فی الاب و الجد فضلا عن غیره «۱».

اقول: اما الاجماع فهو علی فرض قیامه علی ذلک لا یکون حجه فی المقام لکونه مدرکیا و لا أقلّ من احتماله.

و الحق فی المقام ان یقال تاره یقع البحث فی مقتضی الادله الاولیه و أخری فی مقتضی الادله الثانویه فیقع البحث فی المقامین.

أما المقام الاول ففی مقتضی الادله الاولیه

اشاره

و البحث فیها یقع فی موضعین:

---

(۱)- مکاسب الصفحه (۱۵۷) السطر (۱۴).

الموضع الاول فی مقتضی الاصل العملی، الموضع الثانی فی مقتضی الدلیل اللفظی فنقول:

[الموضع الاول فی مقتضی الاصل العملی]

أما الاصول العلمیه فمقتضاها عدم نفوذ ولایته الا مع مراعاه الغبطه فمع عدمها نشک هل هی نافذه أم لا فالاصل عدمه.

و أما مقتضی الاصل الحکمی فهو و ان کان الجواز لأنا اذا شککنا فی ان التصرف فی اموال الیتیم مع عدم مراعاه المصلحه له حرام أم لا- فمقتضی الاصل الحکمی هی الاباحه الا- ان المقام من الامور التی اهتم بها الشارع لکونها اموالا فمقتضی وجوب الاحتیاط فی الاموال و الاعراض و الانفس عدم جواز التصرف الا ما ثبت جوازه و هی صوره مراعاه الغبطه له فالاصل الحکمی لا یجری فی المقام.

[الموضع الثانی فی مقتضی الدلیل اللفظی]

و اما مقتضی الادله اللفظیه الاولیه فهو کقوله لا تبع ما لیس عندک «۱» و قوله لٰا تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ إِلّٰا أَنْ تَکُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ «۲» و غیرها من العمومات او الاطلاقات الداله علی عدم جواز التصرف فی اموال الغیر و انما المخرج منها هو التصرف مع مراعاه الغبطه و اما غیر هذه الصوره فحرام بمقتضی العمومات.

[المقام الثانی مقتضی الادله اللفظیه الثانویه قوله تعالی وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْیَتِیمِ إِلّٰا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ، حَتّٰی یَبْلُغَ أَشُدَّهُ*]

اشاره

و اما مقتضی الادله اللفظیه الثانویه فهی قوله تعالی وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ، حَتّی یَبْلُغَ أَشُدَّهُ «۳» قال الشیخ ما حاصله: ان للقرب معان اربعه.

(الاول) مطلق التقلب و التحرک حتی من مکان الی آخر و اما ابقاء الشی ء علی حاله فلیس بقرب.

(الثانی) وضع الید علیه بعد ان کان بعیدا عنه و مجتنبا فلا یشمل حکم ما

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱۲) من أبواب عقد البیع و شروطه، الحدیث (۲).

(۲)- سوره النساء، الایه (۲۸)

(۳)- سوره الانعام، الایه (۱۵۱)

بعد الوضع فالمعنی و لا تقربوا مال الیتیم الا اذا کان القرب احسن.

(الثالث) ما یعد تصرفا عرفا کالاقتراض و البیع و الاجاره.

(الرابع) مطلق الامر الاختیاری المتعلق بمال الیتیم اعم من الفعل و الترک حتی وضع الشی ء علی حاله أیضا من انحاء القرب فیکون المعنی لا تختاروا فی مال الیتیم فعلا او ترکا الا ما کان احسن من غیره فیدل علی حرمه الابقاء اذا کان بیعه أحسن.

و فی کلمه: أحسن فی الآیه أیضا وجهان.

(الوجه الاول) ان یکون اسم التفضیل ففیه احتمالان: (الاول) ان یکون المراد ان فعله احسن من ترکه (الثانی) ان یکون المراد ما هو ظاهره و هو الاحسن بقول مطلق.

(الوجه الثانی) ان یکون المراد الحسن الوصفی و

فيه أيضا احتمالان (الاول) ان يكون المراد منه ما فيه المصلحه (الثانى) ما لا مفسده فيه و بعد ذلك قال (قده):

ان الظاهر من القرب هو معناه العرفى لأنه المتفاهم عرفا من لفظ القرب و المراد من الاحسن. التفضيل المطلق لأنه ذكر فى الايه بحذف متعلقه فان حذفه يفيد العموم.

و اورد عليه المحقق الايروانى (قده) بان القرب فى الايه كنايه عن اكل مال اليتيم و الاستقلال بالتصرف فتكون الايه اجنبيه عن المقام و مساقها مساق قوله تعالى (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوالَ الْيَتامىٰ ظُلْماً) «۱» و قوله تعالى: (وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَهُمْ إِلىٰ أَمْوالِكُمْ إِنَّهُ كانَ حُوباً كَبِيراً) «۲».

و فيه ان الآيات على طائفتين فان طائفه منها كقوله: (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوالَ الْيَتامىٰ ظُلْماً) و نحوها تدل على حرمه الاستقلال بالتصرف فى أموالهم و طائفه اخرى منها

---

(۱)- سوره النساء الايه (۱۰)

(۲)- سوره النساء، الايه (۲)

كقوله و لا تقربوا الخ تدل على كيفيه التصرف فان التصرف المخصوص و هو الموصوف بالاحسن جائز.

و اما التصرف الذى لا يتصف به فهو غير جائز فلا ربط بين الآيتين و كيف اشتبه هذا على هذا المحقق مع اعترافه بهذا قبل صفحه بقوله الظاهر ان الايه بصدد بيان ما يجوز من التصرف و ما لا يجوز.

و أيضا وقع البحث فى قوله تعالى حتى يبلغ اشده بان هذا القيد راجع الى الحكم او الموضوع، فان كان راجعا الى الموضوع يكون معنى الايه لا تقربوا مال اليتيم الذى لم يبلغ اشده الا بوجه احسن فعلى هذا لا يرد عليه الايراد الآتى لعدم انعقاد المفهوم للغايه على هذا المعنى الاعلى القول بمفهوم الوصف الذى لا نقول به.

الا ان رجوع القيد

الى الموضوع خلاف الظاهر فى المحاورات العرفيه فارجاعه اليه يحتاج الى اعمال العنايه و بما ان العنايه فى المقام غير موجوده فلا يجوز ارجاع القيد الى الموضوع، فلا بد ان يقال برجوع القيد الى الحكم فيكون معنى الايه، لا تقربوا مال اليتيم فان القرب اليه حرام الى ان يبلغ اشده فيكون مفهوم الغايه على هذا التقدير بانه اذا بلغ اشده فلا حرمه فى تصرف امواله و هذا مما لا يمكن الالتزام به فانه لا يجوز التصرف فى ماله بعد الاشتداد أيضا و قد اجيب عنه بوجهين:

(الاول) بان القيد راجع الى المستثنى و هو قوله بالتى هى احسن فيكون معنى الايه ان القرب الى الاموال بنحو احسن يكون مغيى بانتهاء اليتم فاذا حصلت الغايه و بلغ اشده فلا يجوز التصرف فى ماله و لو بنحو احسن.

(الثانى) نسلم ان القيد راجع الى المستثنى منه الا انه يقيد حكم المستثنى منه فتكون معنى الايه: ان التصرف فى اموال اليتيم بنحو احسن جائز سواء كان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١۴٢

راضيا أم لا و اما اذا انتفى عنوان اليتم و بلغ اشده فلا يجوز التصرف فى امواله على الاطلاق بل التصرف فيها مقيد برضائه- و يرد على الجوابين.

اما الجواب الاول ففيه ان رجوع القيد الى المستثنى يكون على خلاف الظاهر فان القاعده تقتضى ان يرجع القيد الى المستثنى منه فان قولنا اكرم العلماء الا الفساق منهم الى يوم الجمعه المتفاهم منه عند العرف ان القيد راجع الى وجوب الاكرام فانه مغيى بيوم الجمعه لا ان حكم الفساق مقيد به و هذا امر واضح عند اهل المحاوره.

و اما الجواب الثانى ففيه أيضا ان ظاهر الاستثناء انما يكون عن الحكم فارجاعه

الى الاطلاق خلاف الظاهر فليس الاطلاق امرا مستقلا فى نفسه حتى يكون الاستثناء راجعا اليه فى قبال الحكم بل انما هو من شئونه فيرجع القيد الى الحكم و يقيد نفس الحكم لا اطلاقه فقط.

و الحق فى المقام ان يقال ان الغايه ترجع الى الحكم فيكون مفهومها كما قيل داله على جواز التصرف فى امواله بعد انتفاء اليتم و بلوغ اشده الا انه يرفع اليد عن مقتضى هذا المفهوم بالضروره القائمه على عدم جواز التصرف الاستقلالى فى مال الغير مطلقا يتيما كان او كبيرا هذا اولا.

و (ثانيا) نقول ان الغايه و ان كانت راجعه الى الحكم الا انها سيقت لبيان تحقق الموضوع كقوله ان رزقت ولدا فاختنه فلا ينعقد له المفهوم حتى يرد ما قيل فانه بعد بلوغ الاشد ينتفى عنوان اليتم الذى هو الموضوع.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۴۳

التحقيق فى كلمه القرب

الحق ان يقال ان القرب كنايه عن التصرف فى اموال اليتيم مطلقا حدوثا و بقاء اعتباريا كان او خارجيا فان ترك التصرف أيضا بعد اثبات اليد يصدق عليه القرب و أما ترك اثبات اليد من اول الامر لا يصدق عليه القرب.

و اورد المحقق الايروانى بانه لا يصح اطلاق القرب على ترك التصرف سواء كان ذلك قبل اثبات اليد عليه أم بعد اثبات اليد و الا للزم ان لا يخلو الانسان عن القرب فى حال اى بعد وضع اليد على مال اليتيم يلزم ان لا يكون الواضع فارغا عن القرب و لا يزال قريبا منه.

و فيه ان عدم صدق القرب على ترك التصرف قبل اثبات اليد عليه و ان كان صحيحا الا انه بعد اثبات اليد عليه يصدق عليه القرب كما هو واضح.

و أما قوله (للزم

عدم خلو الانسان عن القرب ...) فهو لا يرجع الى محصل لعدم محذور فى الالتزام بذلك فليكن كذلك و لا يلزم منه اى محذور عقلا و نقلا.

يقع الكلام فى أن المستفاد من قوله تعالى لا تقربوا هل هو النهى التكليفى أو الوضعى.

أقول: أن تنقيح هذا البحث يتوقف على التحقيق بأن ظاهر النهى فى الايه مولوى أو ارشادى، فان قلنا أن المستفاد من الايه هو النهى الارشادى، بمعنى أنه ارشاد الى ممنوعيه التصرف بغير الاحسن فى الامور الراجعه الى اليتيم من التزويج و البيع و الصلح و نحوها، فتدل الايه على بطلان القرب فيها اذا كان بغير وجه الاحسن فانه اذا باع عبد اليتيم او زوجه بغير وجه الاحسن يكون باطلا، و اما حرمه التصرف فلا تستفاد من الايه على هذا التقدير.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١۴۴

و ان قلنا: انها تدل على النهى المولوى كما هو ظاهر النواهى فيكون التصرف فى ماله حراما و اما بطلان المعامله فلا يستفاد منها (ان قلت: انا لا نسلم هذا التفصيل لان على تقدير كون النهى فى الايه ظاهرا فى التكليفى أيضا تدل على بطلان التصرف فى مال اليتيم اذا لم يكن ذلك أحسن اليه.

و (السرّ فيه) ان المتصرف فى أموال اليتيم بمجرد تصرفه يكون فاسقا لارتكابه الفعل الحرام، و قد عرفت سابقا أن تصرفات الفاسق فى أموال الصغار باطله لاشتراط العداله فى المتصدى لهذه الامور.

قلت: انا بينا سابقا أنه اذا تعذر الوصول الى العادل فالمتصدى لأمور اليتيم هو الفاسق المراعى لمصلحتهم، كما هو مقتضى بعض الروايات.

فهذا الاشكال باطلاقه لا يمكن الالتزام به لعدم بطلان تصرفات الفاسق على اطلاقها، نعم على فرض التمكن من العادل لا يجوز تصدى

الفاسق فى الامور العامه كما عرفت.

و الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان لنا أن نختار القسم الاول و نقول ان الايه تدل على النهى الارشادى فقط و لا يستفاد منها حرمه التصرفات الخارجيه، و لكنا مع ذلك نلتزم بحرمتها، لان الدليل على الحرمه لا ينحصر بالآيه، لوجود أدله اخرى فى المقام، فيستفاد منها حرمه التصرف فى مال الغير كقوله: لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله الا بطيبه نفسه «۱» و غير ذلك من الادله الداله على عدم جواز التصرف فى مال الغير.

و لنا أن نختار القسم الثانى و نقول: ان المستفاد من الايه هو النهى التكليفى الدال على حرمه التصرفات الخارجيه، و أما الفساد فلا يستفاد منها، و لكن الدليل

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۳) الباب (۳) من أبواب مكان المصلى، الحديث (۱).

لا ينحصر فيها، لوجود الادله الاخرى الداله على بطلان التصرف فى مال الغير كقوله: نهى النّبىّ صلى اللّه عليه و آله عن بيع ما ليس عندك «۱» هذا أولا.

(و ثانيا) انا لا نسلم عدم دلاله الايه على بطلان التصرف فى صوره حمل النهى على الحرمه التكليفيه، بل نقول: ان الايه تدل على حرمه التصرف و بطلانه معا، لوضوح أن البيع بما هو بيع مجردا عن التصرفات الخارجيه لا معنى لحرمته، فيكون حرمه البيع اشاره الى فساده فالايه تدل على الحرمه التكليفيه و الوضعيه معا.

ان قلت: أ ليس هذا استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واحد و هو على تقدير تسليم عدم استحالته خلاف الظاهر.

قلت: لا نقول: باستعماله فى معنى التكليفى، و الوضعى، حتى يكون استعمال اللفظ فى الاكثر من معنى واحد، بل نقول: ان النهى استعمل

فی معنی واحد، بداعیین مختلفین- أعنی الوضعی و التکلیفی- و هذا لا اشکال فیه.

و بعباره اخری ان النهی عباره عن ابراز اعتبار التحریم بین المکلف و ذلک الحرام، و الداعی لهذا الابراز تاره الزجر عن الارتکاب و اخری الارشاد الی الفساد و ثالثه یجمع الامران، و الامر فی المقام کذلک فانه نهی تکلیفی بالنسبه الی التصرف الخارجی، و وضعی بالنسبه الی التصرف الاعتباری.

ان قلت: انا سلمنا انه علی ما ذکرت لا یلزم الاستعمال فی اکثر من معنی واحد، و لکنه مع ذلک خلاف ظاهر النهی.

قلت: یتفاوت ظهور النهی بحسب ما تعلق به النهی، فان النهی عن التصرف الخارجی ظاهر فی الحرمه التکلیفیه، و النهی عن التصرف الاعتباری ظاهر فی

---

(۱)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۲) الباب (۱۲) من أبواب عقد البیع و شروطه.

الفساد، و حیث ان لفظه قرب فی الایه تطلق و تصدق بکلا معنییه فلا بد من الالتزام بأن المراد من النهی کلا معنییه أعنی الحرمه الارشادیه و المولویه، و انت تعلم بالوضوح و البداهه أن متعلق الحکم ربما یکون قرینه علی المراد منه کما أن أحدا قرینه علی اراده الضرب المولم من قوله: (لا تضرب أحدا).

التحقیق فی کلمه أحسن

أقول: قد بینا سابقا أن لفظه أحسن فی الایه استعملت فی معناها التفضیلی علی اطلاقه لان حذف المتعلق یفید العموم کما اذا قیل زید أعلم فانه یفهم منها عند العرف کون زید أعلم من فی عصره فان ترک مفضل علیه فی الایه یدل علی اراده العموم من لفظه أحسن، و اورد علیه بوجوه ثلاثه.

(الاول): ان الاحسن لفظ مشترک بین معناه التفضیلی و غیره فقد یستعمل فیه و قد یستعمل فی غیره فلا یجوز

حمله على المعنى التفضيلى، لعدم جواز حمل اللفظ المشترك على أحد معنييه من دون قرينه معينه.

و الجواب عنه ان كلمه أحسن ظاهره فى معناه التفضيلى كما هو المتفاهم العرفى عند اطلاقها ما لم تقم قرينه على خلافه و أما استعماله فى غير المعنى التفضيلى عند قيام القرينه عليه فهو غير منكر عندنا و لا منافاه بينه و بين ما ذكرناه.

(الثانى) ما أورده المحقق بعدم امكان اراده التفضيل من لفظ أحسن و ذلك انه ان اريد منه الاحسن من جميع ما عداه لزم عدم الاقدام على شى ء من التصرفات عند مساواتها أو مساواه عده منها فى مقدار المصلحه فان كل واحده من تلك الافراد المساويه ليس بأحسن من جميع ما عداه، نعم هو أحسن من بعض ما عداه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۴۷

و ان اريد منه الاحسن فى الجمله، أو الاحسن و لو من بعض ما عداه لزم جواز تصرف يكون أحسن من ما دونه و ان كان هنا تصرف آخر أحسن منه و اراده ما لا احسن منه من هذه الصيغه خلاف القاعده، و خلاف مدلول صيغه التفضيل.

و يرد عليه- انا لا نسلم عدم امكان اراده التفضيل المطلق من كلمه أحسن، بل هى ظاهره فيه كما عرفت.

فان جواز التصرف فى أموال الصغار يتوقف على أن يكون هذا التصرف أحسن من جميع ما عداه، و أما اذا كانت عده متساويه فى المصلحه، فيكون معنى الايه (لا تقربوا مال اليتيم الا بجامع التصرف فيه يكون أحسن من غيره).

فالمعيار على هذا يكون بالجامع لا- بالافراد، نظيره اذا قال المولى: اشتر لنا حنطه أحسن من جميع ما عداه فاذا فرض أن هذا القسم من الحنطه موجوده فى أربع

بلاد.

و من الواضح أن خصوصيه المكان لا دخل له فى المطلوب، بل المطلوب هو الجامع الانتزاعى من هذه الافراد فيجوز الاشتراء من أى فرد فرض.

و بعباره أخرى- أن كل واحد من الافراد المتساويه فى المصلحه و ان لم يصح اطلاق الاحسن عليه لكونها متساويه على الفرض، الا انه يصح اطلاق الاحسن عليه باعتبار الجامع الانتزاعى من هذه الافراد، فان جامعها أحسن من غيرها.

الوجه الثالث ان اسم التفضيل يطلق فيما اذا فرض وجود مبدء الحسن فى التصرفات الاخرى، لتكون الزياده صادقه، و يصح أن يقال: انه أحسن من غيره.

و أما اذا فرض كون التصرفات الاخرى كلها ذا مفسده عدا ما يتصرفه المتصدى فلا يتحقق المعنى التفضيلى، لعدم وجود المبدأ فى غيره حتى تصدق الزياده و عليه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١۴٨

فيجوز للمتصدى اختيار ما فيه المفسده للصغار.

و يرد عليه أن مع فرض وجود المصلحه فى غيره اذا تعين اختيار التصرف الذى يكون أحسن من غيره ففى تقدير كون التصرفات الاخرى ذا مفسده يتعين اختيار الحسن بالفحوى مضافا بأنه لو فرض عدم صدق مفهوم الايه، بأن لا يمكن تحقق المعنى التفضيلى فلا بد أن نلتزم بعدم جواز التصرف لا أن نقول. بجواز التصرف فى ذى المفسده.

ان قلت: كيف يمكن الالتزام بعدم جواز التصرف و الحال أنه لا بد من التصرف فيه.

قلت: ان الدليل ليس منحصرا با الايه فان ثبوت لزوم التصرف أو جوازه انما يثبت بدليل آخر لا بالآيه.

قوله: (و حينئذ فاذا فرضنا أن المصلحه اقتضت بيع مال اليتيم) «١».

أقول: و ملخص كلامه، ان كلمه الاحسن ظاهره فى التفضيل المطلق و على هذا، فلا بد أن يكون التصرف أصلح من تركه و أما اذا كان التصرف

و تركه متساويين فلا يجوز التصرف فى مال الصغار فاذا فرضنا ان المصلحه اقتضت بيع مال اليتيم فبعناه بعشره دراهم ثم فرضنا انه لا يتفاوت لليتيم ابقاء الدراهم أو جعلها دينارا فلا يجوز للولى تبديله بالدينار، و ان كان جائزا له ذلك من أول الامر بان يبيع ماله بالدينار.

و يرد عليه- بأن جواز بيع مال اليتيم ابتداء بكل من الدراهم و الدنانير، انما كان باعتبار كون القدر المشترك أصلح من تركه فهذا الملاک بعينه موجود فى المقام فان اختيار القدر المشترک فى ضمن فرد لا يوجب أن يسقط الفرد الاخر عن قابليه انطباقه عليه فكلاهما يتساويان بالنسبه الى القدر المشترک.

---

(۱)- مكاسب، الصفحه (۱۵۷) السطر (۲۵)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۴۹

و القول: بعدم جواز التبديل لا وجه له، فالمصلحه المقتضيه لبيع المال بالدرهم يقتضى أيضا جواز تبديله بالدينار.

قال الشيخ (قدس سره): نعم «۱» ربما يظهر من بعض الروايات أن مناط حرمه التصرف هو الضرر لا أن مناط الجواز هو النفع ففى حسنه الكاهلى قال: قيل لأبى عبد اللّه عليه السّلام انا ندخل على أخ لنا فى بيت أيتام و معه خادم لهم فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم و يخدمنا خادمهم، و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم، فما ترى فى ذلک؟ فقال: ان كان فى دخولكم عليهم منفعه لهم فلا بأس، و ان كان فيه ضرر فلا ...). «۲»

بتقريب ان المراد من منفعه الدخول ما يوازى عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم فيكون المراد بالضرر فى الذيل أن لا يصل الى الايتام ما يوازى ذلک فيستفاد من الروايه أن عدم المفسده كاف فى جواز التصرف

فی أموالهم، و ان لم یکن فیه نفع عائد بالنسبه الیهم.

و اورد علیه بعض معاصریه بان صدر الروایه یعارض ذیلها، لان صدرها یدل علی أن جواز التصرف فی مال الیتیم یتوقف علی وجود نفع عائد الیهم، و ذیلها یدل علی أن حرمه التصرف منوطه بأن یکون فی هذا التصرف ضرر علیهم، فیتعارضان فی مورد یکون التصرف فیه غیر نافع و لا ضار، فبمقتضی الصدر لا یجوز التصرف لعدم وجود النفع فیه، و بمقتضی الذیل یجوز التصرف لعدم الضرر فیه کما هو المفروض.

و أجاب الشیخ عن هذا الایراد بأن المراد من المنفعه فی صدر الروایه ما

---

(۱)- المکاسب، الصفحه (۱۵۷) السطر (۳۴)

(۲)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۲) الباب (۷۱) من أبواب ما یکتسب به، الحدیث (۱)

یساوی عوض ما یتصرفون فی مال الیتیم، و المراد من الضرر مالا یصل الیهم ما یساوی التصرف فی ما لهم بل کان تصرفهم فیه مجانا.

و بعباره اخری- ان صدر الروایه یدل علی جواز التصرف اذا وصل الی الیتامی ما یوازی التصرف فی أموالهم، و ذیلها یدل علی حرمه التصرف اذا لم یصل الیهم ذلک، فلا تعارض بین الصدر و الذیل.

و اورد المحقق الایروانی علیه تأییدا لبعض معاصری الشیخ بانه نسأله من بیان المراد من قوله: ان المراد من منفعه الدخول ما یوازی عوض ما یتصرفون من مال الیتیم، فان کان المراد منها مجرد اشتمال الدخول علی النفع و لو کان فی مقابل هذا النفع ضرر یضاعف علیه یلزم منه جواز التصرف فی أموال الیتیم مع وصول نفع قلیل الیهم و ان لم یساوی قیمته مثل تصرفهم فهذا باطل قطعا.

و ان کان المراد منه نفع غیر المزاحم بالضرر

فثبت مطلوب بعض معاصری الشیخ، لأنه علی هذا یخرج صوره مساواه النفع و الضرر عن منطوق الروایه و یتعارض فیها المفهومان.

و یرد علیه- ان مجرد وصول النفع الذی یساوی التصرفات فی مال الیتیم کاف فی جواز التصرف. و لو کان فی ذلک ضرر مضاعف علیه کما هو ظاهر اطلاق الروایه، الا أن هذا الاطلاق لا یمکن التمسک به لکونه مقطوع الخلاف، فیرفع الید عن هذا الاطلاق بمقدار ما یکون مقطوع الخلاف، و یتمسک فی غیره بالروایه المذکوره، و یحکم بأن المراد من المنفعه ما یساوی عوض ما یتصرفون فی مال الیتیم کما قال به الشیخ و مع هذا کله یرد علی الشیخ بوجوه:

(الاول) أن حمل المنفعه علی ما یوازی عوض التصرف فی أموال الیتامی و حمل الضرر علی ما لم یصل الیهم ما یوازی عوض التصرف خلاف الظاهر بل الظاهر کما ذهب الیه بعض معاصری الشیخ من التعارض بین الصدر و الذیل.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۱۵۱

فتکون الروایه ساقطه عن الاعتبار فیکون المرجع هی العمومات الداله علی عدم جواز التصرف فی صوره عدم المصلحه، و هی کقوله: تعالی (لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْیَتِیمِ إِلَّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ)*. «۱»

(الثانی) ان المنفعه فی الروایه منصرفه بما اذا کان النفع غالبا علی الضرر الوارد علی مال الیتیم و اما مجرد وصول النفع الذی یساوی الضرر فلا یعد منفعه فانه اذا عرضت الروایه الی أهل المحاوره یفهم منها هذا المعنی الذی ذکرناه فتکون الروایه متعرضه لصوره النفع و صوره الضرر، و أما الصوره الاخری فلا تعرض لها فی الروایه.

(الثالث) اذا سلمنا أن الروایه تدل علی کفایه عدم المفسده فی جواز التصرف، لکانت الروایه مخالفه لعموم الایه حیث قید فیها

جواز التصرف بما اذا كان فيه مصلحه لليتامى كقوله تعالى، (تَقْرَبُوا مٰالَ الْيَتِيمِ إِلّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ)* فالمستفاد من الايه اشتراط جواز التصرف فى مال اليتيم بكونه أحسن له و ذا مصلحه كما هو ظاهرها، فاذا كانت الروايه مخالفه للكتاب فنضربها على الجدار و نقول: انها زخرف كما روى ذلک عن الصادق (ع) و كل حديث خالف كتاب اللّه فهو زخرف. «۲»

(الرابع) أن فى سندها عبد اللّه بن يحيى الكاهلى و هو غير موثق، الا أن الامام (ع) أمر على بن يقطين بأن يكون ضامنا له فظاهره يدل على ممدوحيته، فعلى مسلک من قال بحجيه خبر الممدوح كالسيد الاستاد فالروايه معتبره.

و اما على مسلک من انكرها كما هو المختار فهى ساقطه عن الاعتبار لان

---

(۱)- سوره أنعام، الايه (۱۵۱)

(۲)- وسائل الشيعه الجزء (۱۸) الباب (۹) من أبواب صفات القاضى، الحديث (۱)

الميزان فى حجيه الخبر اما الوثوق بصدور الروايه و اما بوثاقه الراوى و كلاهما منتفيان فى المقام.

و مما استدل به الشيخ (قدس سره) على كفايه عدم المفسده فى جواز التصرف روايه ابن مغيره (قال: قلت لأبى عبد اللّه عليه السّلام: ان لى ابنه أخ يتيمه فربما أهدى لها الشى فاكل منه ثم أطعمها بعد ذلک الشى ء من مالى فأقول: يا رب هذا بذا فقال:

لا بأس «۱»

بتقريب ان ترک الاستفصال من مساوات العوض و زيادته يدل على عدم اعتبار الزياده.

و يرد عليه ان الروايه ضعيفه بذبيان بن حكيم الاودى فانه غير موثق، مضافا بأنها مع مخالفتها للكتاب لا مجال للعمل بها، فتلخص مما ذكرنا أن عدم المفسده لا يكفى فى جواز التصرف كما ذهب اليه الشيخ و استدل الشهيد (قدس سره)

فی القواعد علی وجوب مراعاه المصلحه فی مال الیتیم بوجوه.

(الاول) أن الغایه من نصب الولی انما هی مراعاه المصلحه للیتامی، فهو منصوب لهذه الجهه فاذا لم یراعی المصلحه یعمل علی خلاف ما نصب له فهو نقض للغرض.

و یرد علیه- انا لا نسلم کون الولی منصوبا لمراعات مصلحه الیتیم دائما بل هو اول الکلام فعلی المدعی أن یذکر الدلیل علی اثباته.

(الثانی) أن مع عدم المصلحه فی التصرف یشک فی صحته کما اذا باع کتابا للیتیم مع عدم المصلحه فی بیعه و لا مفسده فیه، فیشک فی انتقاله الی المشتری فیجری اصاله بقاء الملک علی حاله الاول.

---

(۱)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۲) الباب (۷۱) من ابواب ما یکتسب به، الحدیث (۲)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۱۵۳

أقول: هذا الوجه من الشهید متین جدا و هو المختار عندنا.

(الثالث) ان النقل و الانتقال لا بد لهما من غایه فعدم المفسده لا یصلح أن یکون غایه لها لکونه أمرا عدمیا و العدمیات لا تقع غایه للشی ء الوجودی.

و یرد علیه (اولا) ان عدم المفسده لیس عدما محضا حتی لا یکون غایه للنقل و الانتقال، بل یکون مثاله الی الوجود عند التأمل ای یمکن أن یکون الغرض التحفظ علی مال الیتیم، و الحفظ کما یحصل بالابقاء کذلک یحصل بالبیع، و لا وجه لإلزام أحد الفردین بالخصوص.

(و ثانیا) ان کان المراد ان العدمیات لا تکون غایه للنقل و الانتقال عند العقلاء فهو لا یضر بالمقصود، و ان کان المراد انه لا تکون غایه عند الشارع فأنی لک اثباته ای نقول بانه لا یلزم أن یکون للبیع غایه وجودیه غایه الامر انه شرط عند العقلاء. فما الدلیل علی لزوم کونه عند الشارع کذلک.

(و ثالثا) ان

المصلحه فی التصرف لا یلزم أن یکون عائدا الی الیتیم دائما، بل یکفی فی صحته النفع العائد الی نفس المتصدی للبیع، و قد صادف ذلک عدم المفسده للصغیر، فلو کان فی بیع مال الیتیم غایه و مصلحه عائده لنفس البائع و لا یکون مضرا للصغیر یجوز البیع و یکون الفعل مغیا بالغایه الوجودیه.

قوله: (و علی هذا هل یتحری الاصلح أم یکتفی بمطلق المصلحه فیه) وجهان «۱».

اقول: اذا قلنا: فی جواز التصرف فی مال الیتیم بعدم کفایه عدم المفسده بل اعتبر وجود المصلحه فیه هل ینبغی مراعاه الاصلح أم یکتفی بمطلق المصلحه.

ربما قیل: بعدم لزوم مراعاه الاصلح لان ذلک أمر لا یتناهی.

و یرد علیه ان عدم التناهی یلزم بالنسبه الی التصور الذهنی و أما بالنسبه الی الخارج

---

(۱)- المکاسب، الصفحه (۱۵۸) السطر (۱۰)

فلا یلزم عدم تناهی الاصلح، بل لا یزید عن موردین أو موارد ثلاثه فی أغلب الاوقات.

و الحاصل ان المختار هو مراعاه الاصلح لقوله تعالی: (لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْیَتِیمِ إِلّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ)* و اصاله عدم النقل فیما اذا لم یراعی ذلک.

مسأله: اذا تصدی الولی فی تصرف مال الیتیم بعنوان أنه أصلح له، و باع داره مثلا ثم انکشف الخلاف، هل التصرف فی هذه الصوره نافذ أم لا؟

الحق أن یقال. بنفوذ تصرفه حذرا من اختلال النظام، أو العسر و الحرج ان شئت فقل: ان السیره المستمره الکاشفه جاریه علی النفوذ، و المراجعه بدیدن العقلاء و المتشرعه اکبر شاهد علی ذلک هذا تمام الکلام فی الولایات.

[الکلام فی البیع]

الکلام فی شرائط العوضین

اشاره

لا یخفی انه ینبغی الصفح عن مسأله بیع عبد المسلم من الکافر لعدم الابتلاء به فی هذا الزمان، و اما مسئله بیع المصحف من الکافر

فقد تعرض لحكمه المصنف فی خاتمه المكاسب المحرمه فلا وجه للإعاده.

[مسأله یشترط فی كل منهما كونه متمولا]

اشاره

قوله: (یشترط فی كل منهما كونه متمولا ...) «۱»

ربما استدل علی ذلک بامور.

(الاول) قول اللغوی،

لان البیع فی اللغه عباره عن مبادله مال بمال، فان مفهوم المالیه مأخوذ فی صدق البیع و ینتفی بانتفائه.

و فیه (اولا) ان حجیه قول اللغوی اما من باب أنه ثقه أو اهل خبره أما

---

(۱)- المكاسب، الصفحه (۱۶۱) السطر (۱)

الاول فلا دلیل علی وثاقته ان لم یقطع بخلافه فی بعض افراد اللغویین.

و أما الثانی فان الخبرویه فی شی ء یتوقف علی اعمال النظر فیه و أما اللغوی فلا یعمل النظر فی اللغه و لا یستنبط شیئا منها حتی یصدق علیه عنوان الخبیر فلا یكون قوله حجه علی كلا التقدیرین.

و (ثانیا) ان اللغوی لم یعین ان اللفظ وضع لأی معنی من المعانی بل یبین موارد استعمالات لغات العرب بان الصعید مثلا یستعمل فی مطلق وجه الارض، و ان الاسد یستعمل فی الحیوان المفترس فغایه ما یستفاد من كلامه علی تقدیر تسلیم حجیته ان البیع استعمل فی مبادله مال بمال، و أما البیع فهل وضع لهذا المعنی المستعمل فیه أم استعمل فیه مجازا فلا یدل علیه، لان الاستعمال أعم من الحقیقه و المجاز.

(و ثالثا) ان الرجوع الی قول اللغوی علی فرض تسلیم انه یعین الوضع انما یكون اذا فرض الشک فی المعنی الموضوع له، و لكن قد مر منا ان البیع تملیک عین بعوض بدلیل صحه الحمل، و التبادر و المتفاهم العرفی سواء كان لها مالیه أم لا.

(الثانی) الاخبار الوارده فی أبواب مختلفه الداله بأن البیع لا بد أن یقع فی الملک

لقوله! عليه السّلام (لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك). «۱»

و يرد عليه بـانه لا ملازمه بين الملك و المال فان الروايه تـدل على ان صـحه البيع يتوقف على ان يكون المبيع ملكا للبائع، و أما المبيع

فهل تشترط فى الماليه أم لا، فلا تدل الروايه عليها بل النسبه بينهما عموم من وجه، فانه قد يصدق المال على شى ء و لا يصدق عليه الملك كاللؤلؤ و المرجان فى قعر البحر، فانهما ليسا ملكين

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۲) الصفحه (۲۵۲) الباب (۲) الحديث (۱)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۵۶

لأحد مع انه يطلق عليها المال.

و قد يصدق الملک على شى ء دون المال لقلته كالحبه من الحنطه أو لخسته كالخنفساء، و قد يجتمعان معا فى مورد واحد كالكتاب فانه ملک و له ماليه أيضا، و مع هذا كيف تدل الروايه التى تدل على اشتراط الملكيه فى البيع على اشتراط الماليه أيضا.

و لما انجر الكلام الى هنا يقع البحث فى حقيقه الملک و المال و بيان فرقهما.

فأقول: ان المال فى اللغه ما يملكه الانسان و أما فى الاصطلاح فهى الجهه التى توجب رغبه العقلاء بها بحيث يبذلون المال فى هذه الجهه، و يشترط فيها أن لا يكون مبتذلا كالماء بالنسبه الى الشخص الذى يكون فى شاطئ الفرات فانه و ان كانت فيه جهه عقلائيه يتوقف بحيث يتوقف عليها حياه العقلاء و غيرهم، و هم راغبون فيه اشد الرغبه، و لذا اذا كان هذا الماء فى مكان بعيد يبذلون المال فى مقابله الا انه مبتذل عند من يكون فى شاطئ الفرات و لذا لا يبذل المال فى مقابله.

و ان شئت فعبر أن الماليه عباره عن الجهه الذاتيه للشى ء التى توجب رغبه العقلاء كالتفاح فان الجهه الذاتيه فيه و هى فوائده مثلا توجب بذل المال فى مقابله، أو الجهه الاعتباريه الموجبه لرغبه العقلاء كالأحجار الكريمه مثلا.

فانا لا نعلم فيها جهه ذاتيه لتوجب رغبتهم، و على فرض وجودها

كانت مغفوله عنها عنـد أغلب العقلاء بحيث لا يكون بذل المال فى مقابل هذه الجهه الذاتيه بل الغرض الاصـلى من اشترائه هى الجهه الاعتباريه.

و أمـا الملـك فهى عبـاره عما له الملكيه، و لها أقسام أربعه (الاول) و هو أعظم أنحاء الملكيه و أعلاها هى الملكيه التى تنحصـر بذاته تعالى و هى السلطنه التامه بحيث يكون اختيار المملوك تحت سلطنه المالك حدوثا و بقاء و نعبر عنها بالاضافه الاشراقيه.

(الثانى) ملكيه ذاتيه- و هى مالكيه الانسان لنفسه و أعضاه و أفعاله، و ذمته

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۵۷

فان هذه الامور مملوكه له بالاضافه الذاتيه.

(الثالث) الملكيه العرضيه فانها من مقوله الجده كالتعمم و التقمص و هيئه الراكب على المركوب فانها أمر اعتبارى طرف لاعتبار المعتبر، و باعتبـاره يوجـد فى العـالم الاعتبـار و هـذا القسم من الملكيه ليست من الاـعراض لكى تحتاج الى وجود الموضوع فى الخارج، و المقصود من قولنا ان البيع يتوقف على الملكيه أم لا هى الملكيه بهذا المعنى، اذا عرفت ذلك فنقول:

انـك عرفت آنفـا ان النسـبه بين الملـك و المال عموم من وجه، فعلى فرض تسـليم أن البيع يتوقف على الملكيه و لكنه لا يـدل على اشتراط الماليه فيه بوجه من وجوه الدلالات.

فهل يمكن لأحـد أن يقول: ان قوله لا تصل خلف الفاسق تـدل على اشتراط العالميه فى الامام؟ و المقام أيضا كـذلك فى عـدم ارتباط أحد المفهومين بالاخر فلا يمكن الاستدلال لاشتراط الماليه فى البيع بهذه الروايه.

(الثالث) قوله تعالى: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)

«۱». تقريب الاسـتدلال به ان العوض اذا لم يكن مالاـ فيكون التصـرف فى مقـابله اكـل المـال بالباطل فهو باطل فاللازم أن نقول باشتراط الماليه حذرا عن أكل المال بالباطل.

و يرد عليه- ان الباء فى كلمه (بالباطل)

ليست للمبادله، بل الباء فيها سببيه، فتكون معنى الايه لا تأكلوا أموالكم بسبب الباطل كالقمار و الغصب، و غير ذلك من الامور الباطله، و أما أكل المال فى مقابل الباطل حرام أم لا فلا يتعرض الايه له.

قوله: «و الاولى أن يقال: ان ما تحقق انه ليس بمال شرعا). «٢»

---

(١)- سوره النساء، الايه (٣٣)

(٢)- المكاسب، الصفحه (١٦١) السطر (٥)

اقول: و ملخص كلامه انه اذا علم أن أحد العوضين لا ماليه له فيبطل المعامله قهرا، و أما اذا شككنا فيها فاذا صدق عليه أكل المال بالباطل فباطل أيضا.

و أما اذا لم يصدق عليه أكل المال بالباطل عرفا فاذا قام دليل على بطلانه من الخارج فنقول: بالبطلان أيضا و ان لم يقم دليل بذلك فى الخارج فنتمسک على صحته بعموم أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ «١» و قوله عليه السّلام: (من كل شى ء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات فهذا كله حلال بيعه و شرائه ...). «٢»

و يرد عليه بانا لا نسلم الرجوع الى العمومات لإثبات صحه البيع فيما اذا شک فى ماليته، و يكون صدق البيع عليه مشكوكا، أ ليس هذا تمسكا بالعام فى الشبهه المصداقيه؟ فاذا شک فى أصل تحقق البيع بسبب الشک فى ماليه أحد العوضين فكيف يجوز أن يتمسک لصحته بعمومات البيع.

(و ثانيا) لا معنى للتمسک بروايات تحف العقول لا ثبات صحه البيع لأنها تدل على صحه بيع كل شى ء فيه صلاح، فاذا احرز ذلک نقطع بعدم كونه أكل المال بالباطل، و هذا خلاف الفرض لان البحث يكون فيما اذا لم يحرز الصلاح فى المبيع و كانت صحته مشكوكه.

و (ثالثا) انه قد مر سابقا ان روايه التحف

لا يعتمد عليه و ان عمل المشهور لا يجبر ضعف سندها و على فرض انجباره كبرويا أيضا لا يفيد فى المقام لعدم احراز اسناد عملهم بهذه الروايه فمجرد الموافقه فى العمل ما دام لا يحرز الاستناد لا يفيد شيئا فتحصل ان الماليه لا تكون شرطا فى صحه البيع.

ان قلت: ان بيع مالا ماليه فيه انما هو بيع سفهى و المعامله السفهيه باطله.

قلت: (أولا) ان العامله السفهائيه لا دليل على بطلانها و ما ثبت بطلانه انما هى معامله السفيه.

---

(۱)- سوره البقره، الايه (۲۷۵)

(۲)- تحف العقول، الصفحه (۲۴۷)

و (ثانيا) انا لا- نسلم كون بيع مالا- ماليه له معامله سفهيه لا مكان أن يترتب على ذلك غرض عقلائى، كاعانته مثلا فيما يكون الطرف فقيرا ذا شأن من دون أن يكون مجانيا، و غير ذلك من الاغراض العقلائيه.

فانقدح بذلك ان العين اذا لم تكن لها ماليه بسبب خسته كالخنفساء، أو بسبب قلتها، كالحبه من الحنطه، أو بسبب القاء ماليته شرعا كالخمر مثلا- فيكون البيع نافذ فى جميع هذه الصور هذا بحسب القواعد الاوليه و أما اذا حكم الشارع ببطلان بيع كبيع الخمر مثلا فنحكم بالفساد من باب التعبد الشرعى لا من جهه عدم الماليه كما لا يخفى.

و ربما يقال: ان أَوْفُوا بِالْعُقُودِ اذا اشتملت بيع الخمر أيضا تنافى حرمته، و عدم احترامه اذ بمقتضى وجوب الوفاء يجب تسليمه، فهذا ينافى عدم احترامه شرعا و وجوب اعدامه، و بعباره أخرى- لو قلنا بالصحه يجب تسليمه بمقتضى وجوب الوفاء، و الحال أنه لا يجب تسليم الخمر الذى لا حرمه له شرعا، لكن هذا الاشكال مدفوع اذ مفاد عموم أَوْفُوا ليس حكما تكليفيا بل ارشاد الى

اللزوم، فلا تنافی بین مفاده و عدم احترام العین.

و بعباره واضحه ان المستفاد من قوله: (أَوْفُوا) انما هو الحکم الوضعی الدال علی أن الفسخ لا أثر له لان الوفاء بالعقد لازم شرعا، و أما الحکم التکلیفی فلا یستفاد منه، فلا منافاه بین نفوذ بیعه و حرمه تسلیمه و ان کان ملکا للمشتری فغایه الامر اذا لم یسلم الیه العین فله أن یفسخ العقد، و لکن الذی یسهل الخطب ان بیع الخمر بمقتضی النص حرام تکلیفا و وضعا.

الکلام فی حکم المباحات الاصلیه و بیان أقسام الارضین و أحکامها

اشاره

قوله: (ثم انهم احترزوا باعتبار الملکیه فی العوضین من بیع ما یشترک فیه الناس کالماء، و الکلاء و السموک، و الوحوش ...) «۱»

أقول: و مما یترتب علی اشتراط الملکیه فی العوضین عدم جواز بیع المباحات الاصلیه و ما یمکن أن یقال: أو قیل: فی وجه عدم الجواز أمور.

(الاول) ما أفاده صاحب الکفایه (قدس سره) بأن المباحات الاصلیه قبل وضع الید علیها لا تکون مالا لأحد، و البیع تشترط فیه مالیه العوضین.

و بعباره اخری ان ما لیس بمال عرفا لا خلاف و لا اشکال فی عدم جواز وقوعه أحد العوضین فی البیع، فانه مبادله مال بمال.

و یرد علیه (أولا) قد مر سابقا أن البیع لا یتوقف علی مالیه العوضین کما استفید ذلک من تعریف البیع علی ما بیناه، و لیس هو مبادله مال بمال.

و (ثانیا) علی فرض تسلیم توقف بیع الشی ء علی مالیته، لا وجه للاستدلال

---

(۱)- المکاسب، الصفحه (۱۶۱)

بها علی اشتراط الملکیه فیها لعدم الملازمه بینهما، بل قد بینا آنفا أن نسبتهما أعم من وجه فراجع.

(الثانی) ما افاده المرزا النائنی (قدس سره) بأنه یشترط فی کل

من العوضين أن يكون ملكا فعليا، فلا اشكال فى عدم جواز بيع الطير فى الهواء، و السمك فى الماء قبل اصطياد هما.

و بعباره اخرى ان كل ما يباح لجميع الناس أو المسلمين لا يجوز بيعه قبل تملكه باحدى الاسباب المقرره فى الشرع، فانه بيع سفهى و هو باطل و يرد عليه اولا انه لا دليل على بطلان البيع السفهى، و انما الباطل هو بيع السفيه.

و (ثانيا) لا نسلم أن يكون بيع الطير فى الهواء سفهيا، لأنه ان كان من ناحيه عدم القدره على التسليم فهذا جار فى المملوك أيضا.

و بعباره أخرى- ان عدم القدره على التسليم اذا أوجب كون البيع سفهيا، فهذا لا يختص بغير المملوك اذ قد يكون المملوك كذلك فيكون نسبتهما عموما من وجه و يجوز أن يكون البائع قادرا على تسليمه فى بعض الموارد أو كان المشترى قادرا على تسلمه فيخرج البيع عن كونه سفهيا.

(الثالث) ما أفاده الشيخ قدس سره بانه يستفاد من قوله صلى اللّه عليه و آله: لاـ بيع إلا فى الملك «۱» ان المكيه شرط فى العوضين و بدونها تكون المعامله فاسده.

و اورد عليه السيد الاستاذان هذه الرويات لا تدل على اشتراط الملكيه بل المستفاد منها أن أمر البيع لا بد أن يكون بيد من صدر عنه هذه الافعال فكلما كان أمر البيع بيده و لو بالوكاله، أو بالولايه تكون المعامله صحيحه لعموم قوله تعالى: (أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ) و لذا قلنا: ببطلان بيع الفضولى لعدم الاختيار بيده لا بالاصاله و لا بالنيابه و لا بالوكاله.

---

(۱)- مستدرك جلد (۲) ص ۴۶۰، الوسائل جلد (۱۲) ص ۲۵۲

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۶۲

ثم أورد على نفسه بأن عموم قوله تعالى: أحل

اللّه البيع مقيـده بقوله صـلى اللّه عليه و آله لا بيع الا فى ملك، و على هـذا اذا شك فى أن الطير فى الهواء هل هو تحت اختيارنا حتى يكون البيع صـحيحا أم لاـ فلاـ يصـح التمسـك بعموم قوله صـلى اللّه عليه و آله: أحل اللّه البيع لكون التمسك بها تمسـكا بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و لكن الـذى يسـهل الخطب هو أن يقال: و ان لم يمكن التمسك فى المقام بالآيه المذكوره لما ذكرنا الا أنه يكفينا قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فـان التمسـک به لصـحه المعامله لا محـذور فيه، و مع ذلک كله لا يمكن الالتزام بصـحه بيع المباحات الاصـليه كالطير فى الهواء لا لاشتراط الملكيه فيها، بل لعدم اختيار أمره بيد البائع، و لذا اذا باع الطير فى الهواء فللغير أن يصـيده قبل وضع يـد البائع عليه فمن هذا يكشف أن أمره لم يكن بيد البائع، فهذا يكون من صـغريات قاعده من باع شـيئا ثم ملک فحيث قلنا فيها ببطلان بيعه، فكذلک نقول فى المقام. هذا. ملخص كلامه فى الدوره السابقه.

الاـ انه دام ظله رجع عن هـذا فى الـدوره الاـخيره، و تمايـل الى الصـحه لمـا ذكره من الوجه بـأن البـائع اذا التزم أن يسـلم المبيع للمشترى و يلتزم بذلک فما المانع من صحه البيع فى هذا الفرض.

و فيه (اولا) أن ما ذهب اليه بعـدم الاسـتفاده من الروايات الا اشتراط كون أمر المال بيـد البائع لا يمكن المساعـده عليه لصـراحه الروايه باشتراط الملكيه كما يظهر ذلک من صحيحه محمد بن الحسن الصفار فوقع عليه السلام لا يجوز بيع ما ليس يملک و قد وجب الشراء من البائع على ما يملک «۱».

و (ثانيا) افاد السيد الاستاذ ان

التمسک بعموم أحل اللّه البیع بعد تقییده بقوله:

(لا بیع الا فی ملک) یکون التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

و یرد علیه- انه لا شبهه لنا فی الموضوع بعد جریان استصحاب عدم کون أمره بید البائع.

---

(۱)- وسائل الشیعه (الجزء (۱۲) الباب (۲) من ابواب عقد البیع و شروطه).

و بعباره اخری- اذا شککنا فی أن الطائر فی الهواء هل أمره بید البائع حتی یکون البیع صحیحا، أم لا یکون کذلک حتی یکون باطلا، فتمسک بالاستصحاب و نقول: ان الاصل عدم کون أمره بید البائع فیحکم ببطلان البیع.

(و ثالثا) ان التمسک ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ان کان صحیحا لا محذور فیه بناء علی کونه دلیلا علی الصحه زیاده علی اللزوم، الا أنه خارج عن البحث، لان الکلام انما هو فی البیع اذا شک فی صحته من جهه الشک فی کون أمر البیع بید البائع أم لا، فالتمسک ب أَوْفُوا یقتضی أنها معامله صحیحه و أما أنه بیع أم لا فلا یدل علیه، فلا یجری علیه أحکام البیع.

و (رابعا) انا لا نسلم کون المقام من صغریات (من باع شیئا ثم ملک) فانه یکون فیما اذا باع ملک غیره فیکون البیع هناک باطلا من جهه وجود المانع و هو کونه ملک لغیره، و هنا من جهه عدم المقتضی علی ما بنی علیه و لا یقاس أحدهما بالاخر.

و (خامسا) ان التزامه بصحه البیع علی فرض التزام البائع لا یساعد علیه أیضا لأنه علی فرض التزام البائع علی تسلیمه أیضا نقول: یجوز للغیر أن یصیده فهذا یکشف عن عدم کونه ملکا له و عدم کون أمره بیده. و الا لما کان التصرف فیه جائزا بعد التزام البائع

بتسليمه.

و ربما يقال: انا نفرض ذلك فيما التزم بتسليم العين و سلمه بعده فالالتزام بصحه هذا الفرد الخاص من البيع مما لا محذور فيه.

و الجواب عنه انا لا نسلم عدم المحذور فيه لان صحه هذا البيع يتوقف على اخذ البائع الطائر و تسليمه الى المشترى، لأنه قبل تسليمه لا يوجد مصداق الفرد الخاص الذى يكون بيعه صحيحا، و لزوم تسليم البائع الذى هو شرط صحه البيع يتوقف على صحه البيع حتى يكون الشرط فى ضمن العقد صحيحا و الا لبطل الشرط على المبنى المشهور، فهذا دور باطل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۶۴

و بعباره أخرى أن لزوم الشرط و هو لزوم التسليم يتوقف على صحه البيع حتى يكون الشرط فى ضمن العقد، و صحه العقد يتوقف على التسلم الخارجى فقبل التسلم الخارجى لا يكون البيع صحيحا، لان المشروط لا يوجد قبل وجود شرطه، فاذا تحقق التسلم الخارجى لا معنى لوجوب التسليم لكونه تحصيلا للحاصل.

و ملخص الكلام أن لزوم الشرط متوقف على صحه البيع و صحه البيع يتوقف على وجوب التسليم. و هو أيضا يتوقف على التسلم الخارجى فيتوقف الحكم على وجود متعلقه، و هذا تحصيل للحاصل.

و أضف الى ذلك أن بيع الطير فى الهواء و نظائره يعد من الامور المستنكره عند العرف فالحق ما ذهب اليه الشيخ من عدم صحه بيع هذه الامور قبل تملكها.

قوله: (و احترزوا به (اى بقيد الملكيه أيضا عن الارض المفتوحه عنوه).

أقول: ان هذه الاراضى لم تسلب عنها الملكيه حتى يحترز عنه بهذا القيد بل انما هى ملك للمسلمين كما اعترف به الشيخ، و قال: انه مما ادعى الاجماع عليه، و دل عليه النص كمرسله «۱» الحماد و غيرها.

و أما الاشكال

بأن الاراضی المفتوحه عنوه لا- تکون ملکا للبائع فمدفوع بأن الکلام انما کان فی المقام فی شرائط العوضین لا فی شرائط المتعاقدین.

تفصیل الکلام فی بیان اقسام الارضین و أحکامها

اشاره

لا یخفی ان الملک اما أن یکون شخصیا و اما ان یکون نوعیا، و الثانی اما أن یکون قابلا لان یصیر ملکا شخصیا. و اما لا یکون کذلک و منافع الملک النوعی تاره

---

(۱)- وسائل الشیعه الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال، الحدیث (۴).

تکون ملکا شخصیا بالفعل، و أخری بالقوه، و ثالثه لا تکون قابله للملک الشخصی أصلا، اما الملک الشخصی ککتاب زید فانه ملک شخصی له.

و أما الملک النوعی الذی تکون منفعته ملکا شخصیا بالفعل فهی کالوقف الخاص، و أما الملک النوعی القابل للملکیه الشخصیه بالقوه أی بعد القبض فهی کالوقف العام اذا عرفت ذلک فنقول:

ان ملکیه الاراضی المفتوحه عنوه لا تکون من سنخ تلک الاقسام و کذا منفعتها لا تکون ملکا شخصیا لا بالفعل و لا بالقوه، بل هذه الملکیه نحو مستقل من الملکیه قد دل الدلیل علیه فیترتب علیها آثارها، و هی صرف حاصلها فی مصالح المسلمین.

قوله: (و حیث جری الکلام فی ذکر بعض أقسام الارضین فلا بأس بالاشاره الی جمیع أقسام الارضین و أحکامها ... «۱»

أقول: ان تقسیم الاراضی ینحصر فی اربعه أقسام حصرا عقلیا

اشاره

لان الارض اما موات أو عامره، و کل منهما اما ذاتیه، أو عرضیه، فالاقسام أربعه:

(۱) الموات بالاصاله.

(۲) العامره بالاصاله.

(۳) العامره بعد الموات.

(۴) الموات بعد العمران.

أما القسم الاول [أی الموات بالأصاله]

اشاره

فیقع البحث فیه من جهات.

(الجهه الاولی) فی أنه هل الارض المیته بالاصاله ملک للإمام أم لا؟

(الجهه الثانیه) فی أنه هل یجوز للغیر أن یعمرها بعد فرض کونها للإمام أم لا؟

(الجهه الثالثه) فی أنه هل الاحیاء یوجب ملکیتها للمحیی، أو یثبت له حق

---

(۱)- المکاسب، الصفحه (۱۶۱) السطر (۱۴).

الاختصاص فقط.

(الجهه الرابعه) فی انه هل الاحیاء یحتاج الی اذن الامام أم لا؟

(الجهه الخامسه) فی انه هل یکون الاحیاء جائزا لعموم الافراد أو یختص بالمسلمین او یختص بالشیعه.

(الجهه السادسه) فی ان المحیی هل یجب علیه اعطاء الخراج للأرض المحیاه أم لا؟

أما (الجهه الاولی) [فی أنه هل الأرض المیته بالأصاله ملک للإمام أم لا]

فقال الشیخ (قدس سره) لا اشکال و لا خلاف منا فی کونها للإمام علیه السلام، و الاجماع علیه محکی عن المختلف، و الغنیه، و جامع المقاصد و المسالک، و النصوص بذلک مستفیضه، بل قیل. انها متواتره «۱».

أقول: ان ادعاء التواتر فی المقام یکون بعیدا جدا، و لکن دعوی الاستفاضه غیر بعیده.

و أما الاستدلال بالإجماع فمدفوع بما مر منا غير مره أن الاجماع لا يكون حجه لا سيما اذا كان معلوم المدرك أو محتمله.

و أما التسالم الذى ادعى الشيخ (قدس سره) بقوله: لا خلاف و لا اشكال فان معلوميه المدرك غير مضربه و ان كان مضرا بحجيه الاجماع و ان شئت قلت: ان كون هذه الاراضى للإمام (عليه السلام) من مسلمات الفقه.

و ربما يقال: ان ادعاء الاستفاضه أيضا بعيد فى المقام لاختلاف مضامين الروايات الوارده فيها، فان مضمون بعضها (ان كل أرض خربه و بطون الاوديه فهو لرسول اللّه عليه السلام و هو للإمام) «۲» و مضمون بعضها الاخر (كل أرض خربه باد أهلها «۳». و مع اختلاف المضامين كيف يمكن ادعاء الاستفاضه.

-(۱)

المكاسب، الصفحه (۱۶۱) السطر (۱۶).

(۲)- وسائل الشيعه، الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال، الحديث (۱).

(۳)- وسائل الشيعه، الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال، الحديث (۴).

و (الجواب عنه) ان المدعى دلاله الاخبار المستفيضه على أنها للإمام بالعموم أو بالاطلاق، أو بالخصوص، او بالاولويه ...

و الحاصل انه لم نقصد من الاخبار المستفيضه ان كلها صريحه فى المدعى بالنصوصيه حتى يرد ما قيل: بل المقصود انها تدل على ذلك باحدى الدلالات المذكوره، فتحصل أن المدعى لا يتم بالإجماع التعبدى، و ان ادعينا انه من المسلمات بينهم رضوان اللّه عليهم.

و أما الروايات فهى كثيره منها ما رواه محمد بن يعقوب، عن على بن ابراهيم، عن أبيه، عن ابن أبى عمير، عن حفص بن البخترى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال الانفال ما لم يوجف عليه بخيل، و لا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم و كل أرض خربه و بطون الاوديه فهو لرسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و هو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء «۱».

و (منها) ما روى عن النّبىّ صلى اللّه عليه و آله عادى الارض للّه و لرسوله ثم هى لكم منى أيها المسلمون «۲».

و (منها) مرسله الحماد الطويله عن العبد الصالح عليه السلام فى حديث قال:

و للإمام صفو المال أن يأخذ من هذه الاموال (الى أن قال:) و له بعد الخمس الانفال، و الانفال كل أرض خربه باد أهلها، و كل أرض لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب و لكن صالحوا صلحا و أعطوا بأيديهم على غير قتال، و له رءوس الجبال، و بطون الاوديه، و الاجام و كل أرض ميته

لا رب لها «۳»

و (منها) ما رواه الشيخ عن أبى جعفر، عن عثمان بن عيسى، عن

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال.

(۲)- تذكره العلامه، الجزء (۲) الصفحه (۴۰۰).

(۳)- وسائل الشيعه، الجزء (۶) من الباب (۱) من أبواب الانفال، الحديث (۴)

سماعه بن مهران قال: سألته عن الانفال فقال: كل أرض خربه أو شى ء يكون للمملوك فهو خالص للإمام، و ليس للناس فيها سهم، قال: و منها البحرين لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب «۱»

و (منها) ما رواه الشيخ، عن ابراهيم بن هاشم، عن حماد بن عيسى عن محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام انه سمعه يقول: ان الانفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقه دم أو قوم صولحوا، و أعطوا بأيديهم، و ما كان من أرض خربه، أو بطون أوديه فهذا كله من الفى ء، و الانفال للّه و للرسول، فما كان للّه فهو للرسول يضعه حيث يحب «۲»

و (منها) ما رواه الشيخ عن ابن فضال، عن محمد بن على، عن أبى جميله او عن محمد بن الحسن، عن أبيه، عن أبى جميله، عن محمد بن على الحلبى، عن أبى عبد اللّه عليه السلام و قال: سألته عن الانفال فقال: ما كان الارضين باد اهلها و فى غير ذلك الانفال هو لنا و قال: سوره الانفال فيها جدع الانف، و قال: (مَا أَفَاءَ اللّٰهُ عَلىٰ رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَ لٰا رِكٰابٍ وَ لٰكِنَّ اللّٰهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلىٰ مَنْ يَشٰاءُ) قال: الفى ء ما كان من أموال لم يكن فيها حراقه دم، أو قتل، و الانفال مثل ذلك هو بمنزلته.

و

(منهـا) مـا رواه محمـد بن يعقوب باسـناده عن على بن الحسن بن فضال، عن حماد، عن حريز، عن زراره، عن ابى عبـد اللّه عليه السّـلام قـال: قلت له! ما يقول اللّه: (يَسْـئَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفالِ قُلِ الْأَنْفالُ لِلّهِ وَ الرَّسُولِ) و هى كل أرض جلا أهلها من غير أن يحمل عليها بخيل و لا رجال و لا ركاب فهى نفل للّه و للرسول.

و (منها) ما رواه محمد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السّلام قال: سمعته.

يقول: الفى ء و الانفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقه الدماء و قوم

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال، الحديث (۸)

(۲)- وسائل الشيعه (الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال، الحديث (۱۰)

صولحوا و اعطوا بأيديهم و ما كان من أرض خربه او بطون أوديه فهو كله من الفى ء فهذا للّه و لرسوله، فما كان للّه فهو لرسوله يضعه حيث يحب و هو بعد الرسول. «۱»

و (منها) ما رواه على بن ابراهيم فى تفسيره عن أبيه، عن فضاله بن أيوب عن أبان بن عثمان، عن اسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبـد اللّه عليه السّـلام عن الانفـال، فقـال: هى القرى التى قـد خربت و انجلى أهلهـا فهى للّه و للرسول، و مـا كـان للمملوك فهو للإمام، و ما كان من الارض بخربه لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب، و كل ارض لا رب لها) «۲»

و (منها) ما رواه محمد بن مسـلم قال: سمعت ابا جعفر عليه السّلام يقول! الانفال هو النفل و فى سوره الانفال جدع الانف قال: و سألته عن الانفال: فقال: كل أرض خربه، أو شى ء كان يكون

للمملوك، و بطون الاوديه و رءوس الجبال، و ما لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب فكل ذلك للإمام خالصا) «۳»

و (منها) ما عن حريز، عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال: سألته او سئل عن الانفال فقال: كل قريه يهلك أهلها أو يجلون عنها فهى نفل نصفها يقسم بين الناس، و نصفها للرسول صلى اللّه عليه و آله. «۴»

و (منها) ما رواه عن أبى ابراهيم عليه السّلام قال: سألته عن الانفال فقال: كل ما كان من أرض باد أهلها فذلك الانفال فهو لنا «۵»

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال، الحديث (۱۰)

(۲)- وسائل الشيعه، الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الأنفال، الحديث (۲۰)

(۳)- وسائل الشيعه الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال، الحديث (۲۲)

(۴)- وسائل الشيعه الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال، الحديث (۲۵)

(۵)- وسائل الشيعه الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال، الحديث (۲۶)

و (منها) ما رواه عن أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام قال: لنا الانفال قلت: و ما الانفال؟ قال: منها المعادن و الاجام، و كل أرض لا رب لها و كل أرض باد أهلها فهو لنا «۱»

و (منها) ما رواه عن داود بن فرقد، و عن أبى عبد اللّه عليه السّلام (فى حديث) قال: قلت: و ما الانفال؟ قال: بطون الاوديه، و رءوس الجبال و الاجام و المعادن، و كل أرض لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب، و كل أرض ميته قد جلا اهلها، و قطائع الملوك «۲»

و (منها) ما رواه أبى خالد الكابلى، عن أبى جعفر عليه السّلام قال: وجدنا فى كتاب على عليه السّلام أن الارض

للّه يورثها من يشاء من عباده و العاقبه للمتقين، أنا و أهل بيتى الذين اورثنا الارض و نحن المتقون و الارض كلها لنا فمن أحيا ارضا من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتى و له ما أكل منها ...) «۳»

فيستفاد من هذه الروايه أن الارض الميته قبل التعمير يكون للإمام، و اذا عمر احدها يجب عليه أن يؤد خراجها الى الامام.

فتلخص مما ذكرنا أن الاخبار الداله على كون الارض الميته بالاصاله ملكا للإمام تبلغ حد الاستفاضه، لكن دلاله بعضها تكون بالصراحه، و أغلبها بالاولويه و بعضها بالاطلاق هذا تمام الكلام فى الجهه الاولى.

و اما الجهه الثانيه فهى ان الاحياء هل يحتاج الى اذن الامام أم لا

و فيه أقوال ثلاثه.

---

(۱)- وسائل الشيعه الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال، الحديث (۲۸)

(۲)- وسائل الشيعه الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال، الحديث (۳۲)

(۳)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۲) من أبواب احياء الموات، الحديث (۲)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۷۱

(الاول) احتياجه الى الاذن، لأنه تصرف فى مال الغير و هو لا يجوز الا باذن صاحبه.

(الثانى) عدم احتياجه الى الاذن

(الثالث) التفصيل بين حضور الامام عليه السّلام، و غيابه باعتبار الاذن فى الاول دون الثانى و ينبغى ان يبحث فى مقامين.

(الاول) عن مقتضى القاعده الاوليه بانه هل هى حرمه التصرف، أو بطلانه، أو لا يكون شيئا منهما.

(الثانى) عن مقتضى الادله الثانويه.

أما المقام الاول فنقول انه لا يجوز التصرف فى الاراضى الميته بلا اذن من الامام عليه السّلام، لعدم جواز التصرف فى مال الغير بقوله: (لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله الا بطيبه نفس منه) «۱»

هذا من ناحيه التكليف، فلو عصى المتصرف و أحياها فمقتضى الاصل عدم الانتقال عن ملك الامام عليه السلام و

عدم كونه ملكا له هذا بالنظر الى الادله الاوليه.

و أما الادله الثانويه فالحق أن يقال: بعدم الاحتياج الى اذن الامام عليه السلام لصدور الاذن منهم بجواز التصرف بالنسبه الى شيعتهم كما هو المستفاد من الروايات الوارده فى المقام، كقوله عليه السلام: (من أحيا أرضا مواتا فهى له) «۲» و بنفس هذه الروايه يكون المحيى مأذونا بأن يتصرف فيما أحياه، و غيرها من الروايات الوارده فى باب الانفال و احياء الموات.

ان قلت: ان المستفاد من الروايه المذكوره، هو الحكم الوضعى بمعنى أن

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۳) من أبواب مكان المصلى، الحديث (۱)

(۲)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۱) من أبواب احياء الموات الحديث (۵) و (۶).

من أحيا الارض فالاحياء سبب لانتقال الارض الى ملك المحيى، و أما الحكم التكليفى فالروايه ساكنه عنها، و ليست فى مقام بيان هذه الجهه.

قلت: ان الجواز أيضا يستفاد من الروايه بحسب الفهم العرفى، و هذا العرف ببابك، و لذا اذا قال المولى: لعبده كل من دخل دارى فاكرمه فلا يتوهم أحد أن المولى لم يبين لنا جواز الدخول، و أيضا يستفاد من بعض الروايات الاخرى ان الامام (عليه السلام) أباح التصرف فى الاراضى للشيعه عنايه لهم و ان شئت تفصيلها فراجع الوسائل باب الانفال، و كذا تدل على ذلك الروايات الوارده فى باب التحليل.

و ربما يقال: ان هذه الروايه لا تدل على أن الامام عليه السلام اذن لشيعته أن يتصرفوا فى الاراضى الموات، لان هذه الروايات صدرت من الائمه الذين كانوا قبل مولانا الصاحب عليه السلام كالإمام الباقر و الامام الصادق عليهما السلام، و الحال أن هذه الاراضى للإمام الغائب عجل اللّه تعالى فرجه الشريف،

فلا بد أن تصدر اجازه التصرف من ناحيته لأنه زعيمها فى الحال الحاضر، و هو امام العصر فلا بد أن يكون التصرفات فى الامور باذنه الشريف و ليست الروايات الصادره عنه عليه السلام داله على هذا كما هو واضح.

و يرد عليه نقضا و حلا أما النقض فبتحليل الخمس للشيعه فانه أيضا يكون من الصادق عليه السلام، و الحال أن أمره بيد مولانا الصاحب عليه السلام و التحليل لا بد أن يكون بأمره الشريف، لأنه صاحب العصر و زعيم الامه، فكلما أجبتم هناك نجيب عنه هنا.

و أما الحل فان الاراضى الميته و غيرها من الامور الراجعه الى الامام عليه السّلام تكون للإمام من حيث انه له منصب الامامه، و على هذا فالمأذون من ناحيه الامام جعفر الصادق عليه السلام كالمأذون من ناحيه الامام الغائب عليه السلام، لأنه تصرف

فى الاراضى باذن من له منصب الامامه، و من المعلوم ان الائمه متساوون فى ذلک و أضف الى ما ذکر أن المستفاد من أمثال ما نحن فيه ان الحکم الشرعى هکذا فلا مجال لهذا النحو من الاشکال، مضافا الى هذا کله يدل على الاذن و حليه التصرف ما رواه مسمع بن عبد الملک عن أبى عبد اللّه عليه السلام الى أن قال عليه السلام (و كل ما كان فى أيدى شيعتنا من الارض فهم فيه محللون و محلل لهم ذلک الى أن يقوم قائمنا ...) «۱».

و هذه الروايه بالصراحه تدل على الجواز حتى يظهر القائم عليه السّلام.

و لو أغمضنا عن جميع ذلک و قلنا: باشتراط الاذن فنقول: ان الاجازه على تقدير كونها مؤثره انما تؤثر فى الحکم التکليفى اعنى حرمه التصرف، و

اما الحكم الوضعى فلا يحتاج الى الاجازه فتكون الارض المحياه ملكا له لعموم قوله: (من أحيا أرضا مواتا فهى له «۲» فهذه الروايه تدل على كونها للمحيى سواء كان مأذونا فى الاحياء أم لا.

أضف الى ذلك قيام السيره على التصرف فيها من دون أن يخطر ببالهم ان ذلك يحتاج الى الاذن.

و قد ذهب بعض الى اشتراط الاذن فى التصرف لعموم قوله: (لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله إلا بطيبه نفس منه) «۳».

و يرد عليه ان بعد ما ثبت جعل الشارع، الاحياء سببا للملك فلا حاجه فيه الى اذنه، و لو التزمنا فى الحكم التكليفى بذلك لكن لا نلتزم به فى الحكم الوضعى لبداهه عدم اشتراط الاذن فى جواز تصرف الناس فى ملكهم.

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۶) الباب (۴) من أبواب الانفال، الحديث (۱۲).

(۲)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۱) من أبواب احياء الموات، الحديث (۵).

(۳)- وسائل الشيعه، الجزء (۳) من أبواب مكان المصلى، الحديث (۱).

و ربما فصل بعض بين عصر حضور الامام و غيابه باشتراط الاذن فى الاول دون الثانى لعدم امكانه.

و يرد عليه ان عدم امكان الاذن لا يوجب جواز التصرف فى ملك الغير فانه ان كان من الامور التى لا يرضى الشارع بتعطيله، فلا بد أن يكون التصرف فيها باذن حاكم الشرع الاعلم كما قلنا بذلك فى غيرها من الامور الحسبيه كسهم الامام عليه السّلام و ان كان من الامور التى بعلم عدم رضايه الشارع، أو نحتمل عدم رضايته بالتصرف فيها فلا يجوز التصرف و على اى حال لا وجه للتفصيل المذكور فى المقام.

و ربما نسب الى كاشف الغطاء (قدس سره) القول بجواز التصرف فيها

لاستكشاف اذنه الشريف بظاهر الحال فانه لا يرضى بتعطيل الاراضى مع كثرتها و كون الناس محتاجين الى التصرف فيها.

و يرد عليه ان مـا ذكر لا- يوجب جواز التصـرف لعموم النـاس مطلقا حتى مع عـدم كونه مأذونا من الامام، لاحتمال عـدم رضايه الشـارع مع وجود القـدر المتيقن فى البين و هو الفقيه الا-علم بـأن يكون جواز التصـرف متوقفا على اذنه و على هـذا فما أفاده لا يساعد عليه

(الجهه الثالثه) انه هل الاحياء مملک أو موجب لحق الاختصاص؟

ذهب السيـد الاسـتاذ دام ظله فى الـدورتين من درسه الى عـدم كونه مملكـا بل انه يوجب حق الاختصاص، و قرب ذلک بوجوه الاول ان قوله: (ما كان لنا فهو لشيعتنا «۱» و كذلک قوله: (فما كان للرسول فهو لنا و شيعتنا حللناه لهم) «۲». ليسا فى مقام بيان ان الشـيعه يملكون تلک الاراضـى بل ان هذا أمر غير معقول، لان الالتزام بكونهم مالكين لها يستلزم أن تكون الشيعه كلهم مالكين لها على نحو الإشاعه، ثم اذا مات

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۶) الباب (۴) من أبواب الانفال، الحديث (۱۷).

(۲)- مستدرک، الجزء (۱) كتاب خمس، باب (۴) من الانفال، الحديث (۱).

احـد من الشـيعه فوارثه يملـک هـذه الارض بسـببين احـدهما الارث، و ثانيهما التشـيع و هـذا غير معقول فمفاد الروايتين انما هو اثبات حق الاختصاص لهم.

و يرد عليه بأن الروايه الاولى ضـعيفه سـندا و مخـدوشه دلاله اما سـندا فبصالح بن حمزه فانه لم يوثق عند أصـحاب الرجال و اما دلاله ففيها نقضا و حلا.

أما النقض فبحق الاختصاص الـذى التزم به الاسـتاذ فالمحـذور المذكور بعينه جار هنا أيضا فانه اذا مات أحد من الشـيعه فوارث هذا الشيعى له حق الاختصاص بسببين المذكورين فكلما اجاب هناک هو

الجواب هنا.

و اما الحل فان الروايه المذكوره مجمله فلا يمكن التمسک بها لعدم امكان الالتزام بمفادها فانها تدل على كون هذه الاراضى للشيعه و لا يمكن الالتزام بكونها للشيعه لا على نحو الملكيه و لا على نحو الاختصاص فلا بد أن يراجع الى الروايات الاخرى.

و كذلك الروايه الثانيه فانها أيضا ضعيفه سندا و مخدوشه دلاله، اما سندا فان فرات وقع فى سندها و هو غير موثق و أما دلاله فيرد عليها مضافا الى ما اورد على الروايه السابقه ان كلمه شيعتنا محتمل الوجهين، ان يقرء مرفوعا بأن يكون مبتدء فعلى هذا تكون راجعه الى باب التحليل، أو أن يقرء مجرورا معطوفا على ضمير المتكلم، فاذا تكون دليلا لما نحن فيه الا أنه خلاف الظاهر فتلخص انه لا يمكن المساعده فى هذا التقريب مع السيد الاستاذ و أورد الاستاذ على نفسه بانه يمكن أن يقال: ان الاحياء اذا لم يكن سببا للملكيه، بل كان سببا لحق الاختصاص فلا يجوز أن يباع الاراضى المعمره، لان البيع انما يقع على الملك و المفروض عدمه.

و أجاب عنه بأن البيع عباره عن تبديل طرفى الاضافه و هو كما يحصل فى العين، كذلك يحصل فى الحق.

و يرد عليه انا بينا فى موضعه ان البيع عباره عن تمليك العين، فلا بد أن يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۷۶

العين ملكا للبائع حتى يكون قابلا للتملك فعلى القول بعدم حصول الملكيه بالاحياء لا يمكن الالتزام بصحه بيع الاراضى المذكوره.

التقريب الثانى أن الاحياء اذا كان سببا لحصول الملكيه فلا وجه لوجوب أداء الطسق و الخراج على المحيى، لعدم وجوب الطسق على أحد فى ملكه الشخصى، و قد استفيد من بعض الروايات وجوب الخراج عليه،

فيستكشف ذلك عن عدم حصول الملكيه به و الجواب عنه انه لا يلزم من الالتزام بالخراج فى الملك محذور عقلى و لا نقلى اذا قام الدليل عليه، و المدعى فى المقام أن المستفاد من الروايات حصول الملك بالاحياء و لكن المالك يجب أن يؤدى الخراج بالروايات الداله على الوجوب فلا نرى محذورا فيه بعد قيام المقتضى له.

التقريب الثالث انه يستفاد من بعض الروايات ان الارض اذا عرض عليه الخراب و لا يعمرها من بيده و عمرها رجل آخر فالثانى أحق بها، فاذا كان الاحياء سببا لحصول الملكيه و كانت الارض ملكا للمحيى الاول، فلا وجه لكون الثانى أحق بها كما لا يخفى و يرد عليه انه لا مانع من الالتزام بكون المحيى الثانى أحق بها مع كونها ملكا للمحيى الاول اذا دل الدليل عليه و لا نرى منافاه بينهما بأن جعل الشارع، الملكيه للمحيى اذا أحياها ما دام معمره فاذا خربت فللثانى حق الاحياء فاذا أحياها يخرج عن ملك المحيى الاول، و يدخل فى ملك الثانى، فتلخص مما ذكرنا ان التقاريب الثلاثه من السيد الاستاذ لا يمكن المساعده عليها.

و الذى يوافق التحقيق أن يقال بحصول الملكيه بسبب الاحياء كما يستفاد ذلك من الروايات الوارده فى الباب.

(منها) قول أمير المؤمنين عليه السلام (من أحيا أرضا من المؤمنين فهى له و عليه طسقها يؤديه الى الامام فى حال الهدنه فاذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه «۱».

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۶) الباب (۴) من أبواب الانفال، الحديث (۱۳).

و (منها) قوله: (من أحيا أرضا مواتا فهى له) «۱».

و منها ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن سعيد، عن

صفوان عن العلاء، عن محمد بن مسلم قال: سألته عن الشراء من أرض اليهود و النصارى، قال: ليس به بأس الى أن قال: و أيما قوم أحيوا شيئا من الارض أو عملوه فهم أحق بها و هى لهم «۲» و غير ذلك من الروايات فظاهرها تدل على حصول الملك بالاحياء و لا وجه لرفع اليد عن ظواهر الالفاظ ما لم تقم عليه قرينه.

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۱) من أبواب احياء الموات، الحديث (۵).

(۲)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۱) من أبواب احياء الموات، الحديث (۱).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۷۸

ثمره القول بحصول الملك و عدمه أفاد السيد الاستاذ دام بقائه يظهر الفرق بين القولين فى وجوب الخمس و عدمه.

فعلى القول بحصول الملك بالاحياء فالخمس يتعلق بها، و اما على القول بحصول حق الاختصاص به فلا يتعلق الخمس برقبه الارض، لعدم كونها ملكا للمحيى و الخمس يتعلق بالملك و ما أفاده فى المقام متين جدا.

الجهه الرابعه فى أنه هل يجب على المحيى أداء خراج الاراضى المحياه أم لا؟

فنقول: ان الروايات الوارده فى المقام طائفتان طائفه منها تدل على وجوب أداء الخراج و هى كثيره و نحن نذكر بعضها.

(منها) ما رواه محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن ابن محبوب عن هشام بن سالم، عن أبى خالد الكابلى، عن أبى جعفر عليه السّلام قال: وجدنا فى كتاب على عليه السّلام ان الارض للّه يورثها من يشاء من عباده و العاقبه للمتقين، أنا و أهل بيتى الذين أورثنا الارض، و نحن المتقون و الارض كلها لنا فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتى..) «۱»

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۳) من أبواب احياء الموات، الحديث (۲)

دراساتنا من

و (منها) قول امیر المؤمنین علیه السّلام (من أحیا أرضا من المؤمنین فهی له و علیه طسقها یؤدیه الی الامام فی حال الهدنه..) «۱» و غیر ذلک من الروایات الوارده فی الباب، و ان کان بعضها ضعیفه السند الا أن فی صحت بعضها غنی و کفایه.

و طائفه أخری منها تدل علی عدم وجوب اداء الخراج.

(منها) ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن سعد بن عبد اللّه یعنی أحمد بن محمد بن عیسی، عن العباس بن معروف. عن حماد بن عیسی عن حریز بن عبد اللّه عن أبی بصیر و زراره و محمد بن مسلم کلهم عن أبی جعفر علیه السّلام قال قال امیر المؤمنین علی بن أبی طالب علیه السّلام: هلک الناس فی بطونهم و فروجهم لأنهم لم یؤدوا إلینا حقنا، ألا و ان شیعتنا من ذلک و آبائهم فی حل «۲»

و (منها) ما رواه محمد بن الحسن عن الهیثم بن أبی مسروق، عن السندی بن أحمد، عن یحیی بن عمر الزیات، عن داود بن کثیر الرقی، عن ابی عبد اللّه علیه السّلام قال:

سمعته یقول: الناس کلهم یعیشون فی فضل مظلمتنا الا أنا أحللنا شیعتنا من ذلک) «۳» و غیر ذلک من الروایات و یمکن أن یجمع بین الطائفتین بوجوه ثلاثه.

الاول أن تحمل الروایات الداله علی الوجوب علی مجرد الاستحقاق و الروایات الداله علی عدم الوجوب علی العفو عنه، و بعباره أخری ان الطائفه الاولی تحمل علی الحکم الوضعی و ان الخراج وضع علیها، و الطائفه الثانیه تحمل علی العفو عن أدائه، و ان شئت فقل: ان للأئمه (ع) أن یطلبوا الخراج و لکنهم أباحوا للناس و عفوا عنهم لأنهم أهل

الكرامه و العفو، و بعباره ثالثه ان الطسق مجعول بالفعل و لكنهم (ع) حللوه للناس.

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۶) الباب (۴) من أبواب الانفال، الحديث (۱۳)

(۲)- وسائل الشيعه، الجزء (۶) الباب (۴) من أبواب الانفال، الحديث (۱)

(۳)- وسائل الشيعه، الجزء (۶) الباب (۴) من أبواب الانفال، الحديث (۷)

الوجه الثانی- أن تحمل الروایات الداله علی الوجوب بغیر الشیعه، و أن تحمل الروایات الداله علی عدم الوجوب بالشیعه و هذا الوجه ما اختاره السید الاستاذ الا انه لا یمکن أن یساعد علیه لأنا استظهرنا من الروایات أن غیر الشیعه لا یجوز له التصرف و لو مع أداء الخراج و سیأتی تحقیق ذلک و تفصیله فی البحث الآتی.

الوجه الثالث أن تحمل الروایات الداله علی الوجوب علی زمان الحضور و علی کونه مبسوط الید، و أن تحمل الروایات الداله علی عدم الوجوب علی زمان غیبته علیه السّلام أو لم تکن یده الشریفه مبسوطه. و محصل الکلام أن مقتضی الروایات وجوب الخراج وضعا و عدم وجوبه تکلیفا، و ان شئت قلت أن المستفاد منها عدم الوجوب فی زمان عدم بسط ید الامام یکون غائبا او حاضرا غیر مبسوط الید.

الجهه الخامسه انه هل الحکم بالاباحه یختص بالشیعه أم یعم غیرهم.

أفاد السید الاستاذ دام ظله أن مقتضی بعض الروایات و ان کان عدم الاباحه لغیر الشیعه. و لکن ما یدل علی الجواز و الاباحه أظهر مما یدل علی عدم الجواز فیقدم علیه.

فنقول: انا نذکر الروایات التی تدل علی عدم الجواز و کذا لروایات التی تدل علی الجواز حتی یتبین ما هو الحق فان الروایات الداله علی عدم جواز تصرف غیر الشیعه کثیره.

(منها) قوله علیه السّلام: (و کل ما کان فی أیدی شیعتنا من الارض فهم

فیه محللون، و محلل لهم ذلک الی أن یقوم قائمنا فیجبیهم طسق ما کان فی أیدی سواهم، فان کسبهم من الارض حرام علیهم حتی یقوم قائمنا فیأخذ الارض من أیدیهم و یخرجهم منها صغره) «۱»

و (منها) قوله علیه السّلام: هلک الناس فی بطونهم و فروجهم لأنهم لم یؤدوا

---

(۱)- وسائل الشیعه، الجزء (۶) الباب (۴) من أبواب الانفال، الحدیث (۱۲)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۱۸۱

إلینا حقنا، ألا و إن شیعتنا من ذلک و آبائهم فی حل «۱»

و (منها) قوله علیه السّلام: (الناس کلهم یعیشون فی فضل مظلمتنا الا انا أحللنا من ذلک) «۲»

و غیر ذلک من الروایات، و ان شئت التفصیل فراجع الی کتاب الوسائل، الجزء (۶) کتاب الخمس، أبواب الانفال و ما یختص بالامام و أما الروایات التی تدل علی الجواز فهی أیضا کثیره، و نحن نذکر بعضها.

منها ما رواه محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، عن النوفلی، عن السکونی، عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله: من غرس شجرا أو حفر وادیا بدیا لم یسبقه الیه أحد، أو أحیا أرضا میته فهی له قضاء من اللّه و رسوله «۳» و هذه الروایه تامه دلاله، الا انها ضعیفه بنوفلی فتکون ساقطه عن الاعتبار.

و منها ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسین بن سعید، عن صفوان، عن العلاء، عن محمد بن مسلم قال: سألته عن الشراء من أرض الیهود و النصاری، قال لیس به بأس الی أن قال: و أیما قوم أحیوا شیئا من الارض أو عملوه فهم أحق بها و هی لهم «۴»

تقریب الاستدلال بها- بانه یمکن أن یستدل بصدر الروایه لإثبات

المدعی، بتقریب أن السؤال یکون عن حکم اشتراء الارض عن الیهود و النصاری، فیکون مالکیتهم لها أمرا مفروغا عنها، الا ان هذا التقریب لا یساعد علیه، لان کونهم مالکین للأرض لا یدل علی أنهم ما لکون لها بالاحیاء، لان سبب التملک لا ینحصر به، بل هو أحد اسبابه، فیمکن أن یکونوا مالکین لها بالاسباب المقرره عندهم، هذا اذا استدل

---

(۱)- وسائل الشیعه، الجزء (۶) الباب (۴) من أبواب الانفال، الحدیث (۱)

(۲)- وسائل الشیعه، الجزء (۶) الباب (۴) من أبواب الانفال، الحدیث (۷)

(۳)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۷) الباب (۱) من أبواب احیاء الموات.

(۴)- الوسائل الجزء (۱۷) الباب (۲) الحدیث (۱)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۱۸۲

بصدر الروایه.

و یمکن أن یستدل بذیل الروایه، و هو قوله علیه السّلام: (و أیما قوم أحیوا شیئا ...)

فان اطلاقه یشمل کل أحد أحیا الارض سواء کان شیعیا أو یهودیا، أو نصرانیا أو غیرهم، و هذا التقریب و ان کان تاما فی حد نفسه الا أن الروایات المتقدمه الداله علی عدم الجواز بالنسبه الی غیر الشیعه تقید الاطلاقات الداله علی حصول الملک لغیر الشیعی أیضا.

فتلخص أن غیر الشیعی لا یجوز له التصرف فی الاراضی الموات بالاصاله، لعدم کونهم مأذونین من ناحیه الامام علیه السّلام.

[أما القسم الثانی الأراضی العامره بالأصاله]

اشاره

ثم انه یقع الکلام فی الاراضی العامره بالاصاله، و البحث عنها أیضا تکون من جهات

[الجهه] الاولی- ان الاراضی العامره بالاصاله ملک للإمام أم لا؟

و استدل بکونها للإمام بوجوه.

(الاول) ما أفاده المرزا النائنى (قدس سره) بأن الاراضى العامره بالاصاله، كأطراف الشطوط و سواحل البحار و الاجام و الغابات تكون للإمام عليه السّلام، و الدليل على ذلك قوله: كل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للإمام.

و الجواب عنه- ان الجمله المستدله بها لم يثبت كونها من الروايات الصادره عن المعصومين (ع)، حتى يتمسك باطلاقها بل الظاهر انها من أقوال الفقهاء فلا يعتمد عليها.

(الثانى) مرسله حماد بن عيسى عن العبد الصالح عليه السّلام و الانفال كل أرض خربه باد أهلها، و كل أرض لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب، و لكن صالحوا صلحا، و أعطوا بأيديهم على غير قتال، و له رءوس الجبال و بطون الاوديه و الاجام و كل أرض ميته لا رب لها ...) «۱» و الحديث طويل قد أخذنا منه موضع الحاجه.

---

(۱)- وسائل الشيعه الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال، الحديث (۴)

بتقريب ان الاجام تكون من الانفال فهى للإمام عليه السّلام و كذا يستفاد ذلك من قول أبى جعفر عليه السّلام: حيث قال: لنا الانفال قلت: و ما الانفال؟ قال: منها المعادن و الاجام ...) «۱»

و اورد عليه بأن كون الاجام من الانفال لا يدل على كون الاراضى العامره بالاصاله للإمام، لان الاجام لا تكون منها، بل هى من الاراضى الموات.

و الجواب عنه (اولا) انا لا نسلم كون الاجام بتمامها ميته. حتى تكون خارجه عن المبحث، بل هى من المعمرات بالاصاله و ينتفع به الناس كثيرا كما هو يشاهد بالعيان.

قمّى، سيد تقى

طباطبایی، دراساتنا من الفقه الجعفری، ٢ جلد، مطبعه الخیام، قم - ایران، اول، ١۴٠٠ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفری؛ ج ٣، ص: ١٨٣

و لکن الذی یسهل الخطب أن یقال: ان الروایتین اللتین جعلت فیهما الاجام من الانفال ضعیفتان من جهه السند بالارسال و لا یمکن الاعتماد علیها.

و (ثانیا) أن الدلیل أخص من المدعی. لان کون خصوص الاجام من الانفال لا یستلزم أن تکون الا راضی العامره بالاصاله کلها له علیه السّلام لأنها لیست کلها آجاما بل قد تکون هی، و قد تکون غیرها من الاراضی فهذا الدلیل لا یتم الا بعدم القول بالفصل، و لکنه لیس دلیلا کما هو واضح.

(الثالث) العمومات الداله علی أن الارض العامره بالاصاله للإمام و هی کثیره.

(منها) ما رواه علی بن ابراهیم فی تفسیره عن أبیه عن فضاله بن أیوب، عن ابان بن عثمان، عن اسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن الانفال، فقال: هی القری التی قد خربت و انجلی أهلها فهی للّه و للرسول، و ما کان للملوک فهو للإمام، و ما کان من الارض بخربه لم یوجف علیه بخیل و لا رکاب، و کل أرض لا رب لها ...) «٢»

---

(١)- وسائل الشیعه، الجزء (۶) الباب (١) من أبواب الانفال، الحدیث (٢٨)

(٢)- وسائل الشیعه، الجزء (۶) الباب (١) من أبواب الانفال، الحدیث (٢٠).

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ٣، ص: ١٨۴

فهذه الروایه تشمل بعمومها علی ان کل أرض لا رب لها للإمام سواء کانت میته بالاصاله أو عامره.

و (منها) ما عن أبی بصیر، عن أبی جعفر علیه السّلام قال لنا الانفال قلت: و ما الانفال قال: منها المعادن و الاجام و کل أرض لا رب لها

«۱» و هذه الروایه تامه دلاله الا أنها مرسله فلا یعتمد علیها.

و (منها) ما رواه أبو خالد الکابلی عن ابی جعفر علیه السّلام قال: وجدنا فی کتاب علی علیه السّلام ان الارض للّه یورثها من یشاء من عباده و العاقبه للمتقین، أنا و اهل بیتی الذین أورثنا الارض و نحن المتقون، و الارض کلها لنا ...) «۲»

فتلخص أن المستفاد من اطلاقات الروایات کون الاراضی العامره بالاصاله للإمام علیه السّلام، فمقام الاقتضاء یکون تاما فلا بد أن یبحث عن وجود المانع و عدمه، و اما المانع فلیس فی المقام الا ما نسب الی صاحب الجواهر (قدس سره) حیث ذهب ان هذه العمومات یخصص بمفهوم بعض الاخبار الداله علی أن الارض اذا لم تکن میته لم یکن للإمام کمرسله حماد بن عیسی حیث سئل عن الانفال، قال علیه السّلام:

کل ارض میته لا رب لها ...) «۳»

و اورد علیه الشیخ بانه اذا سلمنا ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز لا نسلم مفهومه فی المقام، لان الظاهر ورود الوصف مورد الغالب و الغالب فی الارض التی لا مالک لها کونها مواتا و انکر السید الاستاذ کون غالب الاراضی مواتا و لکنه غیر قابل للإنکار، و الذی یسهل الخطب أن هذه الروایه مرسله فیسقط عن الاعتبار و ان کان بعض الروایات الصحیحه الوارده فی المقام بمضمونها الا انه لا یمکن

---

(۱)- وسائل الشیعه، الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الأنفال، الحدیث (۲۸).

(۲)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۷) الباب (۳) من أبواب احیاء الموات، الحدیث (۲).

(۳)- وسائل الشیعه، الجزء (۶) الباب (۱) من أبواب الانفال، الحدیث (۴).

الالتزام بحجیه مفهوم الوصف کما حققناه فی الاصول.

و أورد علیه

المرزا النـائنى (قـدس سـره) بـأن الوصف و ان لم يكن واردا مورد الغـالب، لكن مع ذلـك ليس للتقييـد مجـال، لان مورد حمل المطلق على المقيد انما هو فيما اذا ثبت وحده المطلوب من الدليلين و ذلك عند ما اذا كان المطلوب هو صرف الوجود كما فى قوله: (اعتق رقبه و اعتق رقبه مؤمنه) و أما اذا كان المطلوب على نحو الطبيعه الساريه المقتضيه للعموم.

و بعبـاره واضـحه اذا كان المطلوب مطلق الوجود فلا موجب لتقييـد اطلاقه كما فى قوله: أكرم هاشـميا فلا موجب لتقييـد اطلاقه بقوله: (اكرم هاشـميا عالما بل يؤخـذ بكل منهما، و ما نحن فيه من هـذا القبيل حيث لا منافاه بين كون مطلق الارض التى لا رب لها للإمام و بين كون الموات أيضا له عليه السّلام فلا وجه لحمل أحدهما على الاخر.

و يرد عليه انه اذا فرضـنا أن الوصف له مفهوم، و يكون فى مقام الاحتراز فيوجـد التنافى بين المطلق و المقيـد، و أما ما ذهب اليه النائنى فهو يرجع الى انكار مفهوم الوصف و هذا خلاف المفروض.

و أورد النائنى (رحمه اللّه) ثانيا على الشيخ بأنا لا نسـلم أن وصف الميته تكون فى مقام بيان حكم أراضـى الموات بالاصل، بان الغـالب فى الارض التى لا مالـك لهـا تكون مواتـا، بل الظاهر انه فى مقام بيان حكم ما عرضه الموت بانه على قسـمين قسم له مالـك معلوم، و قسم لا يعلم له صـاحب، و أن حكم مـا لا رب له انه للإمام عليه السّلام و حينئـذ ينبغى أن يقال: ان هـذا القيد أعنى كونه مما لا رب لها وارد مورد الغالب، لا أن التقييد بالميته وارد مورد الغالب اذ هو لبيان الموضوع كما

هو الظاهر.

(و يرد عليه) ان القيدين كلاهما وردا مورد الغالب و كلاهما وصفان للموضوع، و كون القيد الثانى بلا حرف عاطف لا يضر فى كونه قيدا للموضوع، فتحصل أن مقتضى العمومات كون الاراضى العامره بالاصاله للإمام عليه السّلام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٨۶

الجهه الثانيه انها تملک الاراضى العامره بالحيازه أم لا؟

و استدل على ذلک بروايات.

منها قوله عليه السلام: من سبق الى ما لا يسبقه اليه مسلم فهو أحق به «١»

و يرد عليه سندا، و دلاله، أما سندا فهى مخدوشه بارسالها، و أما دلاله فهى تدل على كونه أحق بها، و أما الملكيه فلا يستفاد منها كما هو واضح.

و (منها) قوله: (من استولى على شى ء منه فهو له) «٢» أفاد السيد الاستاذ فى الدورتين من درسه أن سند هذه الروايه لا بأس به.

و يرد عليه ان على بن حسن وقع فى سندها و الظاهر انه على بن حسن الفضال.

و سند الشيخ اليه ضعيف فى كتابيه من الفهرست و المشيخه، لوقوع على بن محمد ابن زبير فى طريقه و هو ضعيف فتكون الروايه ضعيفه سندا.

و أورد السيد الاستاذ على الدلاله بعد تصحيح سندها بأن هذه الروايه لا- تدل على حصول الملک لمن استولى على هذه الاراضى فانها ملک للإمام، و لا يجوز التصرف فى ملک الغير و لا يقاس المقام بما تقدم بأن نفس الروايات الداله على التملک بالاحياء كما تدل على كون المتصرف مأذونا كذلک تدل على أنه يجوز التصرف لمن استولى عليها و هو مالک لها.

و السر فى ذلک أن حكم الاحياء و جواز التصرف تعلق بشخص ملک الامام بقوله عليه السّلام من أحيا أرضا ...)

و أما المقام فليس كذلک لان الحكم بأحقيه من سبق اليها تعلق ب موضوع

---

(١)- مستدرک،

الجزء (۳) كتاب احياء الموات، الصفحه (۱۴۹)

(۲)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۸) من أبواب ميراث الازواج الحديث (۳)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۸۷

كلى، فالاراضى التى هى معموره بالاصاله و ملك للإمام هل مصداق لهذا الكلى حتى يكون الاستيلاء عليها موجبه لان يكون المستولى أحق بها أم لا و هذا أول الكلام، و التمسك بالروايات لإثبات أنه مصداق له تمسک بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و يرد عليه ان الروايه لو أغمضنا عن ضعف سندها فلا مانع من دلالتها على الحكم الوضعى كما ذكرناه سابقا فانه لا ملازمه بين الوضع و التكليف.

و التحقيق فى المقام أن يقال: ان البحث قد يقع بالنظر الى القاعده و قد يقع بالنظر الى الروايات.

أما على القاعده فلا يجوز التصرف فى هذه الاراضى فانه حرام وضعا و تكليفا لأنها ملك للإمام عليه السّلام و لا يجوز التصرف فيه الا باذنه و أيضا بمقتضى القاعده لا تنتقل الى ملك المتصرف لأصاله عدم الانتقال.

و أما الروايات فلا بد أن يبحث عن مقتضاها و نحن نذكرها حتى يتضح الحال.

(منها) قوله: (من استولى على شى ء منه فهو له) «۱»

و قد بينا ضعفها سندا، أما دلاله فمخدوشه أيضا لان الظاهر من قوله عليه السّلام (من استولى على شى ء منه) ان الضمير راجع الى اثاث البيت الراجعه الى الزوج و الزوجه فلا تدل على حصول الملكيه بالاستيلاء، و هذا ليس من جهه أن المورد مخصص فانه خلاف التحقيق بل من جهه أن الروايه لا اقتضاء فيها أزيد من هذا فتكون الروايه داله على كون الاستيلاء اماره على الملكيه فى مورد خاص.

الثانيه قوله عليه السّلام: (من سبق الى ما لا يسبقه اليه مسلم فهو أحق به «۲» و

هذه الروايه مرسله كما قد بينا آنفا.

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الصفحه (۵۲۵) الحديث (۳)

(۲)- مستدرک، الجزء (۳) کتاب احياء الموات، الصفحه (۱۴۹)

و أما الدلاله فهی لا تدل علی أزيد من ثبوت الاحقيه لمن سبق مضافا بأنه لا يحل التصرف فی ملک الغير.

(الثالثه) ما عن علی عليه السلام قال: (للعين ما رأت و لليد ما أخذت) «۱» و هذه الروايه تاره يقع الكلام فيها من حيث السند و أخرى من حيث الدلاله أما من حيث السند فهی مخدوشه من جهه وقوع نوفلی فيها، و اعتمد السيد الاستاذ علی هذه الروايه باعتبار وقوع نوفلی فی اسناد كتاب كامل الزيارات و لكنا ناقشنا فيما افاده و بينا أن كون شخص فی أسناد هذا الكتاب علی نحو الاطلاق لا أثر له فالروايه ساقطه من حيث السند.

و أما من حيث الدلاله فانه يرد علی الروايات الثلاثه بعد الاغماض عن ضعف سندها، و بعد تسليم دلالتها علی أن الاستيلاء و الاستباق أو الاخذ أسباب لحصول الملكيه انها انما تكون كذلک بالنسبه الی المباحات، و أما الاستيلاء علی مال الغير فلا شبهه فی أنه لا يكون مملكا، و المفروض أن الاراضی العامره بالاصاله للإمام (عليه السلام) هذا كله بحسب الروايات، الا أن السيره قائمه علی أن المتصرف فی هذه الاراضی يكون مالكا لها من غير استنكار عند المتشرعه بل هو من مسلمات الفقه.

و أما ادعاء قيام السيره بالنسبه الی العامه بأن يكون التصرف منهم أيضا مملكا لها فهو غير مسلم عندنا، و علی فرض قيامها تكون الروايات الوارده فی المقام رادعه لها.

(الجهه الثالثه) انه هل يجب علی الشيعی اعطاء الخراج أم لا؟

أقول: ان مقتضی النصوص الداله علی وضع الخراج علی هذه الاراضی و وجوب

دفعه على المتصرف فيها أنه يجب على الشيعى أيضا و لكنهم (عليهم السلام)

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۱۵) من أبواب اللقطه، الحديث (۲).

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۱۸۹

حلّلوا لشيعتهم ذلک الى أن يقوم القائم (عليه السلام) كما هو مقتضى بعض الروايات.

قال المرزا النائنى (قدس سره) ان مقتضى الروايات الوارده فى الباب و ان كان مختصا بخصوص الشيعه و لكنه يتمنع تخصيص الاذن بخصوص الشيعه و لذا آذنوها لكل من أحياها، فان حكمه الاذن و ان كانت مختصه بالشيعه لتطيب ولادتهم و تحل مساكنهم و مناكحهم الا أن الحكم عام لكل من أحياها لان الحليه للشيعه يتوقف على الحليه لكل من أحياها، و الا لا يترتب عليه الغرض فان الارض التى لم يحييها الشيعه لو لم تكن ملكا لمحييها لما جاز. للشيعه أن يتصرف فى غلاتها.

و يرد عليه (ان المستفاد من الادله هو الاذن للشيعه فقط و أما غيرهم فلا تساعده الروايات.

و أما قوله: (لو لم يكن ملكا لمحييها لما جاز للشيعه أن يتصرف فى غلاتها) فممنوع لان الزرع للزارع و لو كان غاصبا فى المزرعه فاذا كانت للشيعه سلطه مقتدره عليهم فلا بد أن تأخذ منهم بالقهر و الغلبه، و الا فيؤخذ منهم بالبيع الصورى.

و ملخص الكلام انه لا يترتب محذور على عدم كون غير الشيعه مالكا للأرض لان الشيعه اذا كان قادرا على أن يأخذ الارض من غير الشيعى يأخذها و ان لم يكن قادرا فيشتريها منه بالاشتراء الصورى هذا بالنسبه الى نفس رقبه الارض، و أما بالنسبه الى الزرع فانه للزارع و ان كان غاصبا فلا محذور فى هذا الحكم و لم يتوجه حرج بالنسبه الى الشيعه.

الجهه الرابعه فى أن الاراضى التى عرضها الموت بعد الاحياء و أحياها معمر آخر هل تبقى فى ملک معمرها أو تخرج عن ملكه و تصير ملكا للمحيى الثانى فيه

قولان، و استدل على

كونها للأول بوجهين.

(الاول) بقوله صلى اللّه عليه و آله: (من أحيا أرضا ميته فهى له). «۱»

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۱) احياء الموات، الحديث (۵ و ۶).

و يرد عليه- بأن هذه الروايه لا دلاله فيها على كون الارض للمحيى الاول، لان المفروض أن الثانى أيضا محيى لها فالاستدلال بالروايه لإثبات المالكيه للمحيى الاول ترجيح بلا مرجح الا أن يقال: بأن المفهوم من الروايه بحسب الفهم العرفى أن الارض غير المملوكه تصير مملوكه بالاحياء.

(الثانى) بالاستصحاب بتقريب ان الملك للعامر الاول قبل عروض الموات عليها و قبل احياء الثانى لها فاذا عرض الموت عليها و صار احياء بيد الثانى فنشك بأنها خرجت عن ملك الاول أم لا؟ فتستصحب ملكيه الاول.

و أورد عليه بأن الاستصحاب لا يجرى فى المقام لكون الشك فى الموضوع فانه غير معلوم حتى يستصحب.

و يرد عليه أن الموضوع أمر معلوم و هى الارض و أما الحياه فليست حيثيه تقييديه حتى يكون الموضوع مشكوكا بانتفائها.

و اورد عليه ثانيا بأن ثبوت مقتضى الملكيه للمعمر الاول مشكوک فيه فيكون الشك فيه من قبيل الشك فى المقتضى و معه لا يجرى الاستصحاب كما حقق فى محله.

و الجواب عنه اولا- ان المقام ليس من قبيل الشک فى المقتضى بل المقتضى موجود ان لم يمنع عنه مانع من الخارج بعباره أخرى أن الاقتضاء بالنسبه الى بعد عروض الخراب معلوم ان لم يمنع عنه احياء المعمر الثانى.

و ثانيا قد بينا فى الاصول أن الاستصحاب حجه سواء كان الشک فى المقتضى أو فى المانع و لكن الحق عدم جريان الاستصحاب لكونه معارضا بعدم الجعل، الزائد عن المقدار المعلوم.

و التحقيق أن يقال: ان الروايات فى المقام

على طوائف ثلاث.

(الطائفه الاولى) ما دل على وجوب رد الارض الى صاحبها و هو ما رواه سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرجل يأتى الارض

الخربه فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ما ذا عليه؟ قال: الصدقه، قلت: فان كان يعرف صاحبها، فليئود اليه حقه) «۱»

الطائفه الثانيه ما دل على أن الارض للمعمر الثانى و هو ما رواه معاويه بن وهب قال سمعت أبا عبد اللّه عليه السّلام يقول: أيما رجل أتى خربه بائره فاستخرجها و كرى أنهارها و عمرها فان عليه فيها الصدقه، فان كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها و تركها فأخربها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض للّه و لمن عمرها. «۲»

الطائفه الثالثه ما دل على أن الثانى أحق بها من الذى تركها فيما يكون ملكيه الاول بالاحياء و هو ما رواه أبو خالد الكابلى عن أبى جعفر عليه السّلام فى حديث طويل أخذنا منه موضع الحاجه و هو قوله عليه السّلام و الارض كلها لنا فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها و ليئود خراجها الى الامام من أهل بيتى و له ما أكل منها فان تركها و أخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها فهو أحق بها من الذى تركها فليئود خراجها الى الامام من أهل بيتى ...) «۳»

ربما يقال: بأن روايه أبى خالد مخدوشه من حيث السند لاشتراكه بين الصغير و الكبير هذا أولا.

و ثانيا انه غير موثق و سند توثيقه ضعيف.

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۳) من أبواب احياء الموات، الحديث (۳)

(۲)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۳) من أبواب احيا الموات، الحديث (۱)

(۳)-

وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۳) من أبواب احيا الموات، الحديث (۲)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۹۲

و الجواب أما عن الاشتراك فعلى فرض التعدد ينصرف المطلق الى الكبير كما قالوا بذلك فى أبى بصير، و أما من حيث التوثيق فيكفى فى توثيقه ما رواه الكشى بأنه من حوارى على بن حسين و هذا اللفظ يدل على أن هذا الرجل كامل بل له الكمال كل الكمال الا ان فى سند روايه الكشى اشكالا.

قد يقال: بان روايه سليمان بن خالد الداله على رد الارض الى صاحبها بقول مطلق سواء كان مالكا لها بالاحياء أو بغير الاحياء تدل على كون الارض للعامر الاول كما أن روايه ابن وهب تدل على كون الارض للعامر الثانى كذلك فيقع التعارض بينهما بالتباين.

و أما روايه أبى خالد فهى تدل على كون الارض للعامر الثانى فيما يكون ملكيه المالك الاول بالاحياء فتكون النسبه بينها و بين روايه سليمان بالعموم و الخصوص و مقتضى القاعده أن العام يخصص بالخاص فتنقلب نسبه روايه مع روايه ابن وهب من التباين الى العموم المطلق فتخصص العام بالخاص فتكون النتيجه التفصيل بين أن تكون ملكيه الاول بالاحياء فيكون الثانى أحق و الا فالاول.

و هذا الجمع يترتب على صحه انقلاب النسبه كما عليه الاستاذ و استاذه النائنى (قدس سره).

و اما على المختار من عدم صحته فيسقط هذا الجمع من أصله فلا بد أن يجمع بين الروايات بوجه آخر، و هو انه اذا ورد عام و جاء بعده مخصصان نسبه أحد المخصصين الى الاخر عموم مطلق، و كلاهما خاصان بالنسبه الى العام، و ذلك كما اذا قال المولى:

اكرم العلماء و قال بعد ذلك لا تكرم الفساق منهم، و لا

تكرم شارب الخمر منهم فان كلا المخصصين راجعان الى العام فيخصص بكلا المخصصين، فتكون النتيجه حرمه اكرام شارب الخمر و مطلق الفاسق اذا عرفت ذلك فنقول:

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۹۳

ان ما نحن فيه من هذا القبيل فان روايه ابن خالد الداله على رد الارض الى صاحبها الاول مطلق، ثم لها مخصصان، احدهما صحيحه الكابلى الداله على أن المحيى الاول لو ملك الارض بالاحياء ثم أخربها فأحياها المحيى الثانى تكون الارض للثانى.

و ثانيها خبر ابن وهب الدال على أن المالك الاول لو أخرب الارض فأحياها الثانى تكون الارض للمحيى الثانى و بعد ورود هذين المخصصين تكون النتيجه أن من أحيا ارضا خربه تكون له مطلقا اعم من ان تكون ملكا لأحد أم لا غايه الامر فيما كانت ملكا للغير يشترط ان يكون الخراب مستندا الى مالكها بأن يقال عرفا: انه تركها و أخربها و أما لو لم يكن خرابها مستندا اليه بل الى عله أخرى لا بد من أدائها الى صاحبها هكذا ينبغى أن يجمع بين روايات الباب.

و ان أبيت عن ذلك نقول: بعد وقوع التعارض بين روايه سليمان و ابن وهب بالتباين يتساقطان بالمعارضه فتصل النوبه الى الاخذ بروايه الكابلى، و مقتضاها أن يكون الاحياء موجبا للملكيه فيما كان ملكيه المالك الاول أيضا بالإحياء و فى غير هذه الصوره لا بد من العمل على طبق القواعد الاوليه.

هذا كله فيما يكون المحيى مسلما و أما لو لم يكن مسلما فان لم يكن احيائه للأرض موجبا للملكيه فلا كلام فيه و أما على تقدير كونه موجبا للملكيه فتجرى عليها أحكامها بحسب القاعده المقرره.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۹۴

الكلام فى الاراضى المفتوحه عنوه

قوله: (ثم ما ملكه الكفار من

الارض اما أن يسلم عليه طوعا ...) «۱»

أقول: بعد الفراغ عن أقسام الارضين و بيان أحكامها يقع البحث فى الاراضى المفتوحه عنوه و هى عباره عن الاراضى التى فتحت بالقهر و الغلبه من المسلمين هذا بحسب الكبرى.

و أما الصغرى فما ثبت كونها من الاراضى المفتوحه عنوه هى أرض العراق فى الجمله، و هى من المسلمات التى لا يعتريها الريب، كما هو مقتضى بعض الروايات «۲»، بل أفاد المرزا (قدس سره) على ما فى التقرير أن الاخبار به متضافره.

و لا يخفى عليك، ان الاراضى التى وقعت مورد الكلام انما هى ما كانت عامره حال الفتح، و أما اذا كانت مواتا فهى للإمام عليه السّلام فيملكها من أحياها، و على هذا لا يترتب على هذا البحث ثمره عمليه لعدم احراز كون الاراضى التى بيد الناس عامره حال الفتح حتى يترتب عليها آثارها، بل يعامل معهم معامله الملاک بقاعده اليد.

لا يقال: انا نعلم اجمالا بعماره أغلب أراضى العراق حال الفتح و العلم منجز بالنسبه الى أطرافه.

لأنا نقول: ان هذا العلم لا اثر له لعدم كون جميع أطرافه محلا لابتلاء

---

(۱)- المكاسب، الصفحه (۱۶۲) السطر (۳)

(۲)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۱۸) من أبواب احياء الموات، الحديث (۱)

لوضوح عدم كون جميع أراضى العراق محلا لابتلاء كل واحد من المكلفين.

ان قلت: انا نحكم بكون هذه الاراضى عامره حال الفتح باجراء اصاله عدم كونها للإمام فاذا لم تكن للإمام فلازمه كونها عامره حال الفتح فتكون للإمام عليه السلام.

قلت: اولا لا اصل فى المقام يقتضى عدم كون الارض للإمام بل الارض كلها له عليه السّلام و اخراجها عن ملكه يحتاج الى دليل مخرج.

و (ثانيا) ان اصاله

عدم كونها للإمام لا تثبت المدعى الاعلى نحو الاصل المثبت و قد بينا عدم حجيته فى الاصول.

و الحاصل ان الاراضى المذكوره يجوز للناس أن يتصرفوا فيها و يعاملوا معها معامله ملكهم، فانها بجميعها ملك للأئمه عليهم السلام و لكنهم حللوا لشيعتهم.

فتلخص أن احراز الاراضى المفتوحه عنوه فى الخارج و تعيين مصداقها أمر مشكل، بل يمكن أن يدعى عدم امكانه، نعم لو فرض احراز عماره أرض خاصه حال الفتح بالوجدان أو بالاصل أو لم يحتمل عروض الموت لها أصلا، بل علم بقائها بحال الاول فتجرى فيها الاقوال الآتيه.

و الحاصل أن الاراضى المفتوحه عنوه لا- يترتب على البحث عنها اثر عملى بل له أثر علمى فقط، الا انا نبحث عنها تبعا للشيخ (قدس سره) و نقول: ان ما ملكه الكفار بعد سلطه المسلمين عليهم اما تكون يدهم ثابته بصلح مع المسلمين على أن تكون الاراضى لهم أو تكون للمسلمين و لكن تبقى تحت يدهم بأن يدفعوا اخراجها للمسلمين، و اما تكون يدهم ثابته عليها باسلامهم، و اما لم تكن يدهم ثابته عليها بانجلائهم، أو بموتهم بغير وارث، ففى هاتين الصورتين تكون الاراضى للإمام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۱۹۶

و أما اذا لم تكن يدهم ثابته بقهر من المسلمين فهى كسائر ما لا ينقل من الغنيمه كالنخل، و الاشجار تكون للمسلمين فلا يجوز بيعه، كما يستفاد ذلك من الاخبار المستفيضه و نحن نذكر بعضها.

(منها) ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الصفار، عن أيوب بن نوح، عن صفوان بن يحيى، عن أبى برده بن رجا قال: قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام كيف ترى فى شراء أرض الخراج؟

قال: و من يبيع ذلك هى أرض المسلمين، قال: قلت يبيعها

الـذى هى فى يـده، قـال: و يصـنع بخراج المسـلمين مـا ذا؟ ثم قـال: لا باس اشترى حقه منها و يحول حق المسـلمين عليه، و لعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه) «۱» و هذه الروايه ضعيفه بأبى برده بن رجا فانه غير موثق عند الاصحاب.

و (منها) مرسله حماد بن عيسى، عن أبى الحسن عليه السّلام فى حديث قال:

يؤخذ الخمس من الغنائم (الى أن قال:) و ليس لمن قاتل شى ء من الارضين و لا ما غلبوا عليه الا ما احتوى عليه العسكر، و ليس للأعراب من الغنيمه شـى ء و ان قـاتلوا مع الامـام، لان رسول اللّه صـلى اللّه عليه و آله صالـح الاعراب أن يـدعهم فى ديارهم و لأيهـا جروا على أنـه ان دهـم رسـول اللّه صـلى اللّه عليه و آله من عـدوه دهم أن يسـتنفرهم فيقاتـل بهم، و ليس لهم فى الغنيمه نصيب، و سنته جاريه فيهم و فى غيرهم.

و الاـرضون التى أخـذت عنوه بخيل أو ركاب فهى موقوفه متروكه فى يـدى من يعمرها و يحييها، و يقوم عليها على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الحق الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صلاحا و لا يضرهم

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۱) الباب (۷۱) من أبواب جهاد العدو، الحديث (۱)

(الى أن قال):

و يؤخـذ بعـد ما بقى من العشـر فيقسم بين الوالى و بين شـركائه الذين هم عمال الارض و اكرتها فيدفع اليهم انصـباؤهم على ما صـالحهم عليه، و يؤخـذ البـاقى فيكون بعـد ذلك أرزاق أعوانه على دين اللّه، و فى مصـلحه ما ينوبه من تقويه الإسـلام و تقويه الدين فى وجوه الجهاد و

غير ذلك مما فيه مصلحه العامه ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير) «۱». و هذه الروايه مرسله فلا تشملها أدله حجيه الخبر.

و (منها) ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان ابن يحيى، عن ابن مسكان، عن محمد الحلبى قال سئل أبو عبد اللّه عليه السّلام عن السواد ما منزلته؟

فقال هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم، و لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد، فقلت: الشراء من الدهاقين.

قال: لا يصلح الا أن تشرى منهم على أن يصيرها للمسلمين فاذا شاء ولى الامر أن يأخذها أخذها قلت: فان أخذها منه.

قال: يرد عليه رأس ماله و له ما أكل من غلتها بما عمل «۲».

و هذه الروايه تامه سندا و دلاله.

و (منها) ما رواه اسماعيل بن الفضل الهاشمى قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن رجل اشترى «اكترى خ ل» أرضا من أرض أهل الذمه من الخراج و أهلها كارهون،

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۱) الباب (۴۱) من أبواب جهاد العدو، الحديث (۲)

(۲)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۲) الباب (۲۱) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (۴).

و انما يقبلها من السلطان لعجز أهلها أو غير عجز.

فقال: اذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها الا ان يضاروا، و ان اعطيتهم شيئا فسخت أنفس اهلها لكم فخذوها.

قال: و سألته عن رجل اشترى ارضا من ارض الخراج فبنى بها أو لم يبن غير ان اناسا من أهل الذمه نزلوها له أن يأخذ منهم اجره البيوت اذا أدوا جزيه رءوسهم؟

قال يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال «۱» بتقريب انه لو لا الشرط لا يحل أخذ

شی ء منهم و فیه ما لا یخفی.

و (منها) ما رواه محمد بن الحسن عن الحسن بن محبوب: عن خالد بن جریر عن أبی الربیع الشامی، عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: لا تشتر من أرض السواد «أراضی أهل السواد» شیئا الا من کانت له ذمه فانما هو فی ء للمسلمین «۲».

بتقریب أنه علیه السّلام نهی عن اشتراء أرض السواد الا ممن کانت له ذمه فیجوز الاشتراء منهم لاحتمال أن المسلمین صالحوا معهم علی أن تکون الارض لهم فتکون ملکا شخصیه لهم و أما غیرهم فلا یجوز الاشتراء منهم کما هو ظاهر الروایه.

و (منها) ما رواه محمد بن شریح قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن شراء الارض من أرض الخراج فکرهه، و قال: انما أرض الخراج للمسلمین، فقالوا له: فانه یشتریها الرجل و علیه خراجها فقال: لا بأس الا أن یستحیی من عیب ذلک). «۳»

بتقریب ان الملک الذی أرضه غیر مملوکه و یؤخذ بازائها خراج ملک

---

(۱)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۲) الباب (۲۱) من ابواب عقد البیع و شروطه، الحدیث (۱۰).

(۲)- وسائل الشیعه، الجزء (۱۲) الباب (۲۱) من أبواب عقد البیع و شروطه، الحدیث (۵).

(۳)- الوسائل الجزء (۱۲) ص ۲۷۵ الحدیث (۹)

معیوب.

هذه هی الروایات التی ذکرها الشیخ (قدس سره) لإثبات ان الاراضی المذکوره للمسلمین فلا یجوز بیعه، و بعض هذه الروایات و ان کانت مخدوشه الا أن فی صحیحها غنی و کفایه.

مضافا الی الروایات أن مقتضی الاصول العملیه أیضا عدم جواز بیع و شراء أراضی المفتوحه عنوه کما هو واضح و أما التصرفات الاخری ففی جوازها و عدمه سته أقوال:

(الاول) حلیه التصرف فیها من دون حاجه الی اذن الامام

عليه السّلام مستندا ذلك الى ادله أخبار تحليل الاراضى للشيعه بقوله: (ما لنا فهو لشيعتنا) فلا يحتاج الى الاذن بعد كونها محلله لهم.

و يرد عليه ان أخبار التحليل انما هى وارده فى خصوص الاراضى المتعلقه للإمام لا غير، و الا يلزم جواز التصرف فى أموال الناس من دورهم و دكاكينهم بدون اذنهم و هذا واضح الفساد هذا أولا.

و ثانيا أن الاراضى التى هى محلله للشيعه انما هى الاراضى التى لا يجب فيها الخراج بخلاف الاراضى الخراجيه فانها تغاير الاراضى المحلله موضوعا و حكما فلا تشملها الروايات الوارده فى الاراضى المحلله.

(الثانى) التفصيل بين ما بقى عامره حال حياتها و بين ما عرض لها الموت فيجوز التصرف بالاحياء فيما عرض له الموت بدون اذنه، و فى غيره بالاذن مستندا الى قوله: (من أحيا أرضا فهى له) «۱».

و هذا التفصيل بمعزل عن الصواب، لان أدله الاحياء متكفله لبيان سببيه الاحياء

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۱۷) الباب (۱) من أبواب احياء الموات، الحديث (۵).

لحصول الملک، و أما كونه مشروطا بشى ء و عدمه لا تتعرض الروايات لها، و بعباره أخرى أن ادله الاحياء لا تحلل للمحيى مال الغير، لذا لا يخصص قوله (لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه فبما أن هذه الاراضى تكون للمسلمين فلا تشملها هذه الادله.

(الثالث) جواز التصرف بشرط الاستيذان من الحاكم دون غيره من باب كونه وليا أو من باب كونه قدر متيقن، و هذا الوجه بظاهره متين جدا.

(الرابع) التفصيل بين كونهم مستحقين اجره هذه الارض و بين غيرهم فذهبوا بجواز التصرف فى الاول دون الثانى.

و فيه- ان هذا التفصيل لا وجه له لان الاجره ليست ملكا شخصيا حتى لا يحتاج

الى الاذن لأنها تكون لعموم المسلمين بلا فرق فى ذلك بين المستحقين و غيرهم.

هذا اولا.

و (ثانيا) انه لو سلم كونها ملكا شخصيا و لكنه لا ينافى اشتراط التصرف باذنه عليه السلام.

(الخامس) التفصيل بين كونها عامره حال الفتح و بينما كانت مواتا فذهبوا الى لجواز فى الصوره الثانيه. لكن لو لم تكن الارض عامره حال الفتح لكانت خارجه عن الارض المفتوحه عنوه كما لا يخفى.

(السادس) ما أفاده المرزا النائنى (قدس سره) و هو التفصيل بينما اذا لزم من المراجعه الى الحاكم حرج نوعى و بينما اذا لم يلزم ذلك فعلى الاول لا يحتاج الى اذن الحاكم الشرعى لاستلزامه الحرج النوعى بل يكفى الاذن عن ولاه الجور بخلاف الثانى فانه يشترط فيه اذن الحاكم الشرعى.

و يرد عليه ان ذلك التفصيل على تقدير تسليمه انما كان صحيحا فى عصر الخلفاء فانه يمكن ان يلتزم بجواز قبول الخراج و المقاسمه من ولاه الجور لقيام ظاهر الإسلام بهم، و اما فى عصرنا الحاضر لا يمكن الالتزام به و يمكن ان يطلع المتتبع على اقوال اخر أيضا فى المقام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠١

[مسأله من شروط العوضين كونه طلقا]

البحث فى الوقف

اشاره

قوله: «و اعلم انه ذكر الفاضلان ... » «۱».

اقول: ذكر الفاضلان اى العلامه و المحقق و جمع ممن تأخر عنهما فى شروط العوضين ان يكون طلقا بأن يكون للمالك تمام السلطنه على الملك فيما يشاء من بيعه و اجارته و ساير تصرفاته فى ذلك على ما يشاء و كيف يشاء. و فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثنى و لا الرهن الا باذن المرتهن و لا بيع أمّ الولد الا فيما استثنى.

و قد فرع عليه بعض معاصرى الشيخ ازيد من عشرين من الحقوق المانعه

كالنـذر المتعلق بالعين قبل البيع و الخيار المتعلق به و الارتداد و حق الشـفعه و غيرها من الحقوق المانعه عن صـحه البيع من أراد أن يطلع عليها فليراجع الى كلامهم.

و اورد عليه الشـيخ ره ان مرجع اشتراط كون العوضـين طلقا يكون الى ان المبيع يشترط فيه ان يكون جائز البيع و هذا لا محصل له لأنه من قبيل جعل الشى ء مشروطا بنفسه.

بل الظاهر ان عنوان الطلق ليس فى نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف

---

(١)- المكاسب صفحه (١۶٣) السطر ١۶ طبعه ايران.

و المرهون و أمّ الولد بل الشرط فى الحقيقه انتفاء كل من تلك الحقوق.

فـالتعبير بهـذا المفهوم المنتزع تمهيـد لـذكر الحقوق المـانعه عن التصـرف لاـ تأسيس شـرط ليكون ما بعـده متفرعا بل الامر فى الفرعيه و الاصـاله بـالعكس، فـان الشـرط فى الحقيقه نفس انتفـاء حقوق المـانعه فينتزع عنه عنوان الطلق بالتبع لا ان عنوان الطلق شرط للعوضين ليتفرع عليه ما ذكر من الحقوق المانعه من البيع و غيره، هذا ملخص ما افاده الشيخ ره.

اقول ان الشـرائط سواء كانت فى التكليف او فى الوضع ليست على سـنخ واحـد و ان كان كذلك عند التسامح الا ان عند التأمل يكشف خلافه.

مثلا ان الصـلاه لها شـرائط فجمله منها راجعه الى مكان المصـلى و اخرى منها الى لباس المصلى بان لا يكون غصبيا مثلا و ثالثه الى بدن المصلى بان لا يكون نجسا مثلا فهذه الشرائط شرائط للصلاه بمعنى ان وجودها مانع عن صحه الصلاه.

و الحاصل ان جميع الشـرائط ترجع الى شرائط الصلاه لكن مراكز الشروط مختلفه و كذلك الامر فى الوضعيات فان شرائط البيع كلها شرائط لصحه البيع و تحقق الملك

لكن ربما يكون شرطا للمتعاقدين و اخرى للقصد و ثالثه للعوضين و الشرط ربما يكون بوجوده مقتضيا بحيث اذا لا يكون لم تكن المقتضى موجودا ككون البائع مالكا و ربما لا يكون كذلك بل مع عدمه يكون المقتضى موجودا لكن يشترط وجوده فى تأثير المقتضى ككون البائع غير محجور عن التصرف و فى المقام لا مانع ثبوتا من اشتراط المبيع بعدم كونه موردا للحق و يتفرع عليه بطلان ما يكون متعلق الحق و لا يتوجه عليه اشكال.

غايه الامر لا دليل عليه اثباتا فلا مانع ثبوتا ان يكون تلك الحقوق المانعه من التصرف فى الملك مندرجه تحت جامع بان يكون بعنوانه مانعا لصحه البيع و عدمه شرطا لصحه البيع فيتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و الرهن و نحوهما و هذا امر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠٣

معقول بالوجدان و لا ريب فى امكانه ثبوتا الا انه لا دليل عليه اثباتا و لم يقم دليل معتبر على عدم بيع العين التى تعلق بها حق الغير على اطلاقه فان تعلق حق الشفعه على المبيع لا يكون موجبا لبطلان البيع.

نعم للشفيع اعمال حق الشفعه و لو كان ذلك موجبا لبطلان البيع لما كان معنى للأخذ بالشفعه لأنها فرع صحه البيع.

فتلخص ان عنوان الطلق يمكن ان يكون شرطا فى العوضين ثبوتا الا انه لم يقم عليه دليل اثباتا فينبغى ان يستشكل بعدم صحه اخذ الطلقيه شرطا من هذه الجهه التى بيناها، لا من جهه عدم كونه ممكنا ثبوتا، و كذلك لا تنافى بين ثبوت حق الخيار و صحه بيع العين الخيارى لان اعمال حق الخيار لا يوجب بطلان البيع رأسا بل يرجع بدل المبيع الى بايعه.

ان قلته بعد فسخ

البائع الاول البيع و رجوع المبيع الى ملكه لا يمكن للبائع الثانى تسليم العين الى المشترى لعدم كونه مالكا لها على الفرض.

قلت: سلمنا ان بعد فسخ البائع الاول لا يمكن للبائع الثانى تسليم العين الى المشترى الا انه يسلم بدلها كما هو كذلك فى كل مبيع لا يمكن تسليمه، نعم لا يجب على المشترى ان يرضى بذلك بل له الخيار.

و الحاصل ان الحقوق على اطلاقها لا تنافى صحه البيع نعم ان بعض الحقوق كالوقف و الرهن و الارتداد و غيرها تنافيها فلا بد ان يذكر عدمها شرطا فى صحه البيع.

و اما القول باشتراط الطلقيه فى العوضين بان لا يتعلق حق الغير له فعلى اطلاقه غير سديد كما عرفت، فان بعض الحقوق لا ينافى صحه البيع فلا يصح ان يشترط فى صحه البيع انتفاء جميع الحقوق.

و اما القول باشتراط انتفاء الحقوق المانعه بخصوصها فهذا أيضا ممنوع لأنه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۰۴

يرجع الى اشتراط جواز البيع فى المبيع و هو معنى اشتراط الشى ء بنفسه.

و ربما يقال لا نسلم كون الشرائط للعوضين هى انتفاء الحقوق المانعه، بل الشرط انما هو عنوان جامع ينتزع عن الحقوق المانعه فان هذه الحقوق المانعه متفرعه عليه لأنه قد ثبت فى الفلسفه ان الواحد لا يصدر إلا عن الواحد فان الصادر بما هو انه امر واحد و هو صحه البيع فيكشف هذا عن وحده المؤثر و هو الجامع.

و فيه اولا ان هذا البرهان على فرض تماميته انما يتم فى الواحد الشخصى.

و اما الواحد النوعى فلا اشكال فى صدوره عن الكثير فان الحراره تصدر مره عن الحركه و اخرى عن الغضب و ثالثه عن الشهوه و رابعه عن الخجل و خامسه عن

النـار و سـادسه عن قوه الالـكتريكيه و لاـ جـامع بينهـا اصـلا، لأـنه ثبت فى محله ان الاجنـاس العـاليه لاـ جـامع بينهـا بل هى من المتباينات، و هذه المذكورات ليست لها جامع نوعى كما واضح عند التأمل.

و ثانيـا ان هـذه القاعـده انمـا تكون فى الاـمور التكوينيه. و امـا الاـمور الاعتبـاريه فانها تابعه لاعتبار معتبرها و هى خفيف المئونه فيمكن ان يعتبر صدور الكثير عن الواحد فى عالم الاعتبار و لا يلزم اى محذور منه ابدا و ان شـئت قلت انه ليس للأمر الاعتبارى الا اعتبار معتبره فلا موضوع لهذا الاشكال.

مسأله [عدم جواز بيع الوقف فى الجمله]

اشاره

قوله: «لا يجوز بيع الوقف اجماعا ... » «۱»

اقول: لا شبهه فى عدم جواز بيع الوقف فى الجمله و هذا امر لا ينكر و

---

(۱)- المكاسب، الصفحه (۱۶۳) السطر (۳۳) طبعه ايران.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۰۵

يجد ربنا ان نتكلم فى حقيقه الوقف قبل الخوض فى اصل المقصود و ذكر الاستدلال عليه.

فنقول ان الوقف فى اللغه بمعنى السكون فى قبال الحركه يقال وقف السفينه اى سكن و كذا لو قيل شغل زيد واقف اى ساكن و غيرهما من موارد الاسـتعمالات فكلها بمعنى السـكون، و من المعلوم ان الشارع لم يخترع اصـطلاحا من عند نفسه، بل يتكلم مع النـاس باصـطلاحهم، فالمراد من الوقف فى الاصـطلاح الشـرعى أيضا هو المعنى اللغوى الـذى عبر الفقهاء عنه. بتحبيس العين و تسبيـل المنفعه و يؤيـد هـذا المعنى روايه ابن جمهور عن النّبىّ صـلى اللّه عليه و آله فى الوقف حيث قـال: حبس الاصل و سـبل الثمره. «۱» هذا من حيث بيان الوقف موضوعا فنتكلم عن حكمه بحوله و قوته.

فنقول: افاد المرزا النائينى ره، و ارتضى الاستاذ ما افاده و حاصل كلامه:

ان الوقف على قسمين وقف عام، و وقف خاص.

و الاول لا كلام فى عدم جواز بيعه لان الوقف العام عباره عن فك الملك و تحريره فالشى ء اذا لم يكن ملكا فلا مقتضى لبيعه.

و اما الوقف الخاص فان قلنا انه أيضا فك ملك فيكون عدم صحه البيع فيه أيضا من جهه عدم المقتضى.

و ان قلنا بانه باقى فى ملك الواقف او فى ملك الموقوف عليهم على اختلاف فى ذلك فالمقتضى للبيع موجود، فيكون بيعه صحيحا ما لم يمنع منه مانع و المانع فى المقام هو عدم كونه طلقا فيكون المقام من صغريات ما لا يجوز بيعه لعدم كونه طلقا.

اقول: كلما تاملت ما وجدت وجها لما ذكره القوم بأن الوقف العام فك الملك و بهذا فرقوا بينه و بين الوقف الخاص و الظاهر ان هذا الفرق غير فارق لعدم

---

(١)- مستدرک المجلد ٢، الصفحه ٥١١ باب ٢

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠۶

قيام دليل عليه، و الذى استقر عليه النظر ان يقال ان الوقف العام أيضا ملك فالحبر مثلا ملك للجهه الخيريه او المسجد ملك للجهه العباديه و كذا سائر الاوقاف العامه و هذا امر واضح. هذا اولا.

و ثانيا على تسليم ان الوقف العام تحرير للملك و لكنا لا نسلم عدم المقتضى لبيعه و لم يقم دليل عليه من الايه او الروايه على اعتبار الملك فى صحه البيع و انما هو اصطلاح فى السنه الفقهاء عدا قوله: صلى اللّه عليه و آله «١» لا تبع ما ليس عندك و هذا لا يدل على اعتبار الملكيه فى المبيع و غايه ما يستفاد منه ان المبيع لا بد ان يكون امره و اختياره بيد البائع سواء كان ملكا له أم

لا.

فظهر لك مما ذكرنا انه لا يختص البحث فى جواز البيع و عـدمه بالوقف الخاص كما ذهب اليه القوم بل يجرى فى الوقف العام أيضا الا نحن نتبع القوم فى ذلك و نجرى النزاع فى الوقف الخاص.

فنقول: اختلف العلماء فى ان مقتضـى الوقف حبس العين فى ملك الواقف و تسبيل منفعته للموقوف عليهم او يخرج عن ملكه و يصير ملكا للموقوف عليه؟ و الذى يوافقه الفهم العرفى هو الثانى و كذا يستفاد ذلك من بعض الروايات حيث شبه الوقف فيها بالقى ء فان القى ء كما يخرج من الانسان و كذلك الوقف يكون مثله و ربما عبر فى بعض الروايات انه منقطع عن واقفه.

و ما قيل: او يمكن ان يقال: فى وجه بطلان بيع الوقف امور.

الاول – عموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

و قد تمسک به الاستاذ (دام بقائه).

بتقريب ان الوقف كمـا بينـا سابقـا عبـاره عن سـكون العين و تحبيسـها فى ملك الموقوف عليه فاذا حبس الواقف العين الموقوفه باجراء صيغه العقد يشمله قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا يجوز له أن يخرج العين عن الحبس بالبيع و نحوه لوجوب الوفاء بالعقود.

---

(١)- خلاف طوسى ره، الصفحه (٥٨٠)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠٧

و يرد عليه ان القوم لم يلتزموا بالعمل به لإثبات وجوب الوفاء بمطلق العقود و لذا يوهن الاسـتدلال بها فى المقام أيضا و توضيح المدعى بانه لو كان دليل أَوْفُوا مقتضـيا لصـحه العقد على نحو الاطلاق و العموم يلزم انتقال الملك من المالك فيما يعتبر انتقاله الى غيره مع ابراز هـذا الاعتبار و إنشائه بان يقول هـذا الكتاب لزيـد و لو لم يتعنون بعنوان من العناوين و هل يمكن الالتزام بهذا المعنى.

مضافا بأن لنا اشكالا فى كون دليل الوفاء ناظرا الى الامضاء، و ملخصه ان الاهمال فى الواقع غير معقول فلا يعقل تعلق الوجوب

بكل عقد صحيح و فاسد كما ان التقييد بخصوص الفاسد غير معقول فلا بد من التقييد بخصوص الصحيح فلا بد من لحاظ الصحه فى الرتبه السابقه.

الثانى- قوله: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها

«۱». و يرد عليه بأنها ليست ناظره الى جواز بيع الوقف و عدمه بل هى تدل على ان الوقوف تابعه لوقف الواقف فان وقف بحيث لا يجوز بيعه فيتبع و ان وقف بحيث يجوز بيعه فيتبع أيضا فكيفيه الوقف انما هى بيد الواقف.

الثالث- قوله: (ع) لا يجوز شراء الوقوف

و لا تدخل الغله فى ملكك ادفعها الى من اوقفت عليه قلت لا اعرف لها ربا قال تصدق بغلتها «۲»

و ربما يقال: ان عدم جواز بيع الوقف يمكن ان يكون من جهه عدم معلوميه الموقوف عليه فلا يدل على عدم جواز بيع الوقف مطلقا.

و فيه اولا هذا خلاف لظاهر الروايه فان ظاهرها يدل على عدم جواز بيع الوقف مطلقا.

و ثانيا انه (ع) لم يفصل فى الجواب بينما كان الموقوف عليه معلوما او كان

---

(۱)- الوسائل، المجلد ۱۳ ص ۲۹۵ باب ۲ حديث ۱.

(۲)- الوسائل المجلد ۱۳ ص ۳۰۳ باب ۶ حديث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۰۸

مجهولا فاطلاق الجواب يدل على عدم جواز بيعه مطلقا.

الرابع- قوله (ع) لا يحل لمؤمن يؤمن باللّه و اليوم الاخر أن يبيعها و لا يبتاعها و لا يهبها و لا ينحلها و لا يغير شيئا مما و صفته عليها

«۱» و هذه الروايه تدل بالصراحه على ان المؤمن باللّه لا يبيع الوقوف.

و ربما استدل مع قطع النظر عن هذه الروايه بالإجماع لعدم جواز بيع الوقف و لكنه مردود للقطع بأنه مدركى و لا- أقل من احتماله فيكفى ذلك فى سقوط الاجماع عن الحجيه.

و لكن عدم جواز بيع الوقف فى الجمله يعد من ضروريات الفقه و مما تسالم عليه الفقهاء و لا يشك احد فيه.

[صوره وقف أمير المؤمنين]

و من الروايات التى استدل بها على عدم جواز بيع الوقف ما عن ابى عبد اللّه (ع) قال تصدق امير المؤمنين بدار له فى المدينه فى بنى رزيق فكتب بسم اللّه الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على ابن أبى طالب و هو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى رزيق صدقه لا تباع و لا توهب، الخ «۲».

فلهذه الروايه طريقان طريق للشيخ و هو يبلغ الى اسود بن ابى الاسود الدئلى و هو لم يوثق عند الاصحاب و طريق للصدوق و هو صحيح فالروايه تكون صحيحه و بهذا المضمون أيضا وردت روايه اخرى عن عجلان ابى صالح قال: املى ابو عبد اللّه بسم اللّه الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان ابن فلان و هو حى سوى بداره التى فى بنى فلان بحدودها صدقه لا تباع؟؟؟ و لا توهب «۳» فالروايه تامه سندا.

و اما الكلام من جهه الدلاله فوقع البحث فى كلمتى لا تباع و لا توهب بانه

---

(۱)- الوسائل، المجلد ۱۳ ص ۳۱۴ حديث ۵.

(۲)- الوسائل، المجلد ۱۳ ص ۳۰۴ حديث ۴

(۳)- الوسائل، الصفحه ۳۰۳ حديث ۳

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۰۹

هل هما صفتان للنوع او صفتان لشخص الصدقه التى صدرت عنه (ع) احتمالان.

الاول- ان يكون الوصف صفه

لنوع الصدقه فيدل على أن الصدقه على نوعين قسم منها تباع و توهب و ذلک كالصدقات المندوبه و قسم منها لا تباع و لا توهب و هو الوقت.

الثانی- ان يكون صفه للشخص بان يكون شرطا خارجيا فی هذه الصدقه الشخصيه فاشتراط عدم البيع و الهبه تدل على جواز بيعه و الا لما احتاج الى اشتراط العدم.

و الحق ان يقال: انه صفه للنوع و ذلک لوجوه.

الاول- ان كلمه صدقه فی قوله (ع) صدقه لا تباع و لا توهب مفعول مطلق نوعى لقوله تصدق فی قوله: هذا ما تصدق فيدل على ان الصدقه على نوعين قسم منها تباع و توهب و قسم منها لا تباع و لا توهب.

الثانی- ان كونه وصفا للشخص خلاف قانون الادب لأنه لو كان الوصف شرطا للصدقه الصادره عنه (ع) لكان أليق بالقواعد العربيه ان يذكره بعد تمام اركان العقد من الوقف و الموقوف عليه لا سيما انه شرط على الموقوف عليه فذكر الشرط قبل من اشترط عليه خلاف قانون المحاوره.

الثالث- ان الاشتراط الخارجى يحتاج الى ذكر كلمه على ان يكون او ذكر ادات الشرط و لم يذكر فی المقام شی ء يدل على ذلک فلا يمكن الالتزام به بمجرد الامكان الثبوتى ما لم يقم دليل عليه فی مقام الاثبات.

و قد ذكر صاحب المقابيس وجها رابعا لإثبات ان الوصف صفه للنوع لا للشخص و هو ان الوصف لو جعل صفه للشخص لكان مقتضى اطلاق اشتراط عدم بيع هذا الشخص هو عدم جواز بيعه مطلقا سواء طرأ مجوز بيعه أم لا و لا يمكن الالتزام باطلاق هذا الشرط لكونه مخالفا للكتاب لمكان جواز بيعه عند طرو المجوز،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢١٠

و الشرط المخالف

للكتاب لا يليق بان يصدر عن امير المؤمنين عليه السّلام فلا بد من ان يجعل وصفا للنوع حذرا عن ذاك المحذور.

و فيه انه عليه السّلام ما اوجب اشتراط عدم البيع حتى يكون مخالفا للكتاب و بعباره اخرى ان اشتراط الامام (ع) على الموقوف عليه عدم بيع العين الموقوفه ليس منافيا لجواز البيع شرعا فى بعض الموارد لأنه لم يشترط عليه ان لا يكون حكم الجواز اصلا حتى مع طرو المسوغ للبيع كى يكون مخالفا للكتاب.

و بعباره واضحه فرق بين الجواز و بين الوقوع فان ايقاع الامر الجائز ليس واجبا كما لو باع داره من زيد و اشترط عليه بان لا يشرب الماء ساعه.

و اورد الشيخ ره على صاحب المقابيس بوجوه ثلاثه.

(الاول)- ان اشتراط عدم البيع ينصرف الى ما عدى وجود مجوز البيع فلا يكون الشرط ح مخالفا للكتاب و هذا الايراد من الشيخ متين جدا.

(الثانى)- انه لو جعلنا الوصف صفه للنوع أيضا لاحتاج الى التقييد فان الوقف الذى لا يباع يصح بيعه عند طرو المجوز لبيعه فيكون اطلاق قوله لا تباع مخالفا للكتاب سواء كان وصفا للنوع او للشخص.

و فيه ان اشتراط النوع بوصف ان لا يباع لا يحتاج الى التقييد. و توضيحه.

ان الوقف كما بينا سابقا عباره عن السكون و تحبيس العين فاذا انشأه الواقف امضاه دليل الاعتبار و هو قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها الدال على سكون العين حتى فى صوره طرو المجوز لبيعه، الا ان دليل جواز البيع عند طرو المجوز يكون مقيدا لإطلاق دليل الامضاء بانه يختص فيما اذا لا يطرء مجوز البيع و الا يجوز تحركه عن مكانه الاول بالبيع و الاجاره و غيرهما و اما إنشاء

الواقف فليس فيه تقييد كما هو واضح.

(الثالث) انه يحتمل ان يكون صحه اطلاق الاشتراط فى المقام لأجل علمه (ع)

بعدم طرو مجوز بيع وقفه فلا يكون مخالفا للكتاب.

و فيه انه قد تقدم منا مرارا ان الاهمال فى الواقعيات غير معقول فانه اما مطلق فعليه يرد الاشكال بانه مخالف مع الكتاب و اما مقيد فلم يذكر قيده مع ان المتكلم اذا كان مقصوده ان يقيد الكلام فلا بد ان يذكر قيده.

فالحق فى الجواب ما ذكرنا- و الجواب الاول الذى افاده الشيخ و اما الجوابان الآخران من الشيخ فلا ينبغى أن يساعد عليهما كما ان ما افاده صاحب المقابيس لا يكون تاما.

[المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثه]

اشاره

قال الشيخ ره و مما ذكرنا ظهران المانع عن بيع الوقف امور ثلاثه ...) «۱»

اقول: لم يظهر هذه الامور الثلاثه من كلام الشيخ لان ما تقدم منه ليس الا الروايات و لا تعرض فيها بما كان الوقف مورد حق الواقف او الموقوف عليه او حق اللّه تعالى نعم بنحو الاجمال قد مر الاشاره منه بالنسبه الى بعض الحقوق المانعه. و لكنا نبحث عن هذه الامور الثلاثه مفصلا فنقول:

اما منافات بيع الوقف لحق الواقف

فلان بيعه ينافى حقه لأنه يريدان تكون العين باقيه لينتفع عنه الموقوف عليه فينتفع الواقف بالفيوضات الفائضه منه تعالى و يثاب ما دام العين باقيه و بيعها يوجب انتفاء تلك الفيوضات لانتفاء موضوعه و هو العين الموقوفه.

و فيه (اولا) ان هذا يكون فيما اذا كان الواقف قاصدا لذلك و اما اذا كان غافلا عنه بل قصد مطلق الثواب عن الوقف فلا يجرى هذا الاستدلال فيكون الدليل اخص من المدعى.

(و ثانيا) ان انتفاء الموضوع يلزم اذا بيع العين و اكل ثمنه و اما اذا بيع ليبدل بالعين الاخرى كما اذا كان الوقف كتابا فيباع ليشترى ثمنه حصيرا ليوقف للمسجد فلا يرد ما ذكرتم لان الموضوع لا ينتفى فى هذه الصوره فان العين باقيه و اما خصوص

(۱)- المكاسب، الصفحه (۱۶۴) السطر (۱۰) طبعه ايران

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۲۱۲

العين التی وقع عليه إنشاء الوقف لا- مدخليه فی بقائه و ان المقصود من بقائها انتفاع الواقف بالفيوضات الفائضه منه تعالی و هو يحصل و لو بتبديل العين.

(و ثالثا) نفرض ان غرض الواقف يكون بقاء العين لان يثاب به ما دام باقيا لكن لا دليل فی المقام يلزمنا بتأمين غرضه و تفويت غرض الواقف ليس كتفويت الحق منافيا للبيع.

ان

قلت- ان رعايه غرض الواقف لازم علينا بدليل قوله- ع- (الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها) فانه يدل على مضى هذا المقصود فى نظر الشارع أيضا.

قلت- قوله (الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها) لا يدل على اعتبار الحق زياده على نفوذ الوقف فان غايه ما يستفاد منه انما هو نفوذ الوقف فقط و اما رعايه غرض الواقف زياده على هذا لا يستفاد من هذه الروايه هذا تمام الكلام فى حق الواقف.

و اما حق اللّه تعالى باعتبار انه حقه سبحانه و تعالى و صدقه فى سبيله و لذا يعتبر فيه قصد القربه فاذا كان الشى ء للّه تعالى فكيف يجوز بيعه.

و فيه- اولا- نقضا بالصدقات المستحبه فانه أيضا للّه تعالى و يعتبر فيه قصد القربه و مع ذلك يجوز بيعه بل الصدقه الواجبه كذلك.

و ثانيا- حلا بعدم تسليم اعتبار قصد القربه فى الوقف و هو اول الكلام و سنتكلم فيه إن شاء اللّه.

و ثالثا- ان المستفاد من الروايه عدم جواز الوقف و هذا الحكم لا- شبهه فيه لكن لا- بد ان لا- يختلط بين الحق و الحكم فان الحكم الشرعى عدم الجواز و اما ثبوت الحق له تعالى فلا دليل عليه.

و اما حق الموقوف عليه

فان البطن اللاحق من الموقوف عليه فله ان يتلقى الوقف عن البطن السابق فبيع العين يوجب زوال حق بطون اللاحقه و هو لا يجوز.

و فيه (اولا)- ان الدليل اخص من المدعى لان البيع قد يكون لأجل التبديل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۱۳

بالعين الاخرى فعليه ان البيع على اطلاقه لا يوجب زوال حق البطون اللاحقه.

(و ثانيا)- ان حق تلقى الوقف للبطون اللاحقه انما يكون على فرض وجود الموضوع و المفروض ان الموضوع ينتفى بعد بيعه الا

ان يقال ان للبطن السابق ملكيه مقيـده بحيث لا يجوز له البيع فلا يجوز له ان يبيعه لعدم الملكيه المطلقه له بحيث يفعل بها كيف يشاء.

و بعبـاره اخرى ان الواقـف لم يجعـل الملكيه المطلقه للبطن السـابق بـل هى له مـا دام حيـا لكن نقـول و ان سـلمنا عـدم الملكيه المطلقه للبطون السابقه فان مالكيتهم للوقف يكون موقتا و لكنه لا مانع عن بيع هذا الملك الموقت.

ان قلت- ان بيع الملك الموقت ليس معهودا عند العرف فلا يشمله الادله.

قلت- فليكن كذلك و لكنه يصدق عليه البيع و هذا كاف لشمول الادله له.

ان قلت ان بيع الملك الموقت يكون غرريا للجهل به لأنه لا يعلم مقدار عمره.

قلت- سلمنا كونه غرريا فلا يجوز بيعه الا ان يعامل معه نتيجه البيع كالصلح مثلا فان كونه غرريا لا يضر به.

[هل الوقف بنفس البيع أو بجوازه]

اشاره

قال الشيخ ره ثم ان جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف الى ان يباع فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه. «۱»

اقول: قـد وقع الخلاـف بين الفقهـاء بأن الوقف هل يبطل بالبيع او بمجرد طرو مجوزه. ذهب الى الثانى كاشف الغطاء فى شـرحه على القواعد و صاحب الجواهر و السيد الاستاذ و اختار الشيخ و المرز النائينى ره القول الاول و هو المختار عندنا.

و افـاد الشيـخ فى وجه هـذا القول بـانه نظير العقود الجـائزه كالهبه غير المعوضه فكما ان مجرد جواز الرجوع فيها لا يكون موجبا لبطلان الهبه ما دام لا يعمل الخيار و لكنها يكون باطلا باعمال الخيار و هو انتزاعه عن يد المتهب فكذلك فى المقام فان

---

(۱)- المكاسب، الصفحه (۱۶۴) السطر (۱۲)

مجرد طرو المجوز ما دام لم يصر فعليا لا يوجب بطلان البيع

ما دام لا يبلغ الى حد العمل و هو نفس البيع.

و فيه- انا و ان وافقنا الشيخ ره فى اصل المدعى و قلنا بأن مجرد طرو مجوز البيع لا يوجب بطلان الوقف ما لم يرد عليه البيع، و لكنه لا يمكن المساعده عليه فى تنزيل المقام منزله الهبه لان عدم جواز الرجوع لا يكون مندرجا فى مفهوم الهبه بخلاف المقام فان مفهوم الوقف ينافى جواز الرجوع فان البابين ليسا من باب واحد حتى ينزل احدها منزله الاخر، بل يكون هذا كإذن المرتهن فى بيعه فان نفس اذن المرتهن لا يوجب خروج العين عن الرهن فكذلك فى المقام.

فما يمكن ان يقال فى وجه ما ذهب اليه كاشف الغطاء و من وافقه ان جواز البيع يتوقف على ان يكون موضوعه طلقا حتى يقع عليه البيع و من الظاهر ان العرض وجودا متأخر عن وجود معروضه فلا بد ان يفرض وجود المعروض فى الرتبه السابقه حتى يعرض عليه العرض.

و بعباره اخرى ان الوقفيه مانعه عن البيع فلا بد ان يكون مرفوعه قبل البيع و الا يلزم ان يكون الممنوع بنفسه رافعا للمانع و هو غير معقول.

و بعباره ثالثه ان بقاء الوقف مع جواز البيع متنافيان فلا بد ان يعتبر بطلان الوقف بمجرد طرو المجوز للبيع حتى يكون بيعه صحيحا.

و فيه ان الواقف انشأ ايقاف العين و سكونه فى محله من غير ان ينتقل عنه حتى عند عروض مجوز البيع له و الشارع أيضا امضاه كذلك بقوله: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها الا انه خصص مورد وقوع البيع مع وجود المجوز فغايه الامر يلزم ان يكون العين المبيعه غير طلق عند البيع و هو غير قادح اذا قام

الـدليل عليه. و ممـا ذكرنـا ظهر الجواب عن التنافى المـدعى فى المقام اذ لا تنافى بين كون شـى ء وقفا و بين جواز بيعه فاذا بيع بطل الوقف فتحصل مما ذكرنا ان الوقف يبطل بنفس البيع لا بمجرد طرو مجوزه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۱۵

تنبيه هل يترتب على هذين القولين «اى القول بأن الوقف يبطل بنفس العقد او بمجرد طرو مجوز البيع» ثمره عمليه او الثمره بينهما علميه فقط.

وجهان بل قولان-

فقـد ذهب بعض الى ترتب الثمره على القولين و انكرهـا السـيد الاسـتاذ و هو- المختار و الثمره فى المقام كما قيل ان الوقف اذا بطل بطرو المجوز للبيع فان قلنا ببطلان الوقف فبعـد زوال ما يوجب جواز البيع لا موجب لحرمه البيع لعـدم كون العين وقفا و اما لو قلنـا بعـدم بطلان الوقف فيقع النزاع فى ان المرجع استصـحاب الحكم المخصـص او عموم العام فعلى القول بان العام له عموم الزمانى يكون العام هو المرجع و ان لم نقل به يكون المرجع استصحاب الحكم المخصص.

و فيـه اولاـ- ان هـذا مبنى على جريـان الاستصـحاب فى الاحكـام الكليه و لاـ نقـول به لتعـارض استصـحاب عـدم المجعـول مع استصحاب عدم الجعل دائما.

و ثانيـا- ان المرجع هو عموم العام على كل تقـدير اعم من القول بالعموم الزمانى فى العام و عـدمه فان المسـتفاد من العام عـدم جواز البيع مطلقـا و قـد خرج منه مقـدار و لاـ وجه لرفع اليـد عن الـدليل اللفظى الا بالمقـدار المعلوم. و ما ذكرنا فى فرض عـدم البطلاـن ظـاهر و مع القول بالبطلان نقول ان العين وقف الى الابـد و فى مقـدار من الزمان زال عنها الصـفه الوقفيه و لا وجه لرفع اليد عن عموم دليل الوقف بالنسبه الى الباقى.

اضف الى جميع ذلك ان استصحاب جواز البيع بعد زوال المجوز يكون من الاستصحاب التعليقى الذى لا نقول به.

دراساتنا

من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢١۶

و ملخص الكلام انه اذا قلنا ان طرو المجوز لا يبطل الوقف بل يكون الوقف بذلك جائز البيع فاذا انتفى المجوز للبيع يقع النزاع بان استصحاب حكم المخصص محكم فى المقام بأن نقول بجواز بيعه حتى بعد زوال المجوز او يكون عموم العام محكما بان لا يجوز بيعه بعد انتفاء المجوز.

فيمكن ان يقال ان فى المقام عموم العام محكم على استصحاب حكم المخصص لعدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه فهذه ثمره يترتب على القول بأن طرو المجوز لا يكون مبطلا للوقف.

و فيه- انه لا وجه لهذه الثمره سواء قلنا بأن طرو المجوز مبطل للوقف أم لا- اما على القول بانه لا يبطل الوقف فظاهر فان الاستصحاب اذا لم يكن جاريا فى الاحكام الكليه لكون الاستصحاب الجارى فى ناحيه المجعول معارضا مع استصحاب الجارى فى ناحيه الجعل. فالمرجع هو العموم.

و على فرض تسليم جريانه فى الاحكام الكليه أيضا لا يكون استصحاب حكم المخصص محكما بل يقدم عليه عموم العام لأنه دليل اجتهادى و معه لا تصل النوبه الى الاصل و ان شئت فقل ان العموم سواء كان عموما استغراقيا او عموما مجموعيا يكون من الامارات فيقدم على الاستصحاب لتقدم الامارات على الاصول بالحكومه كما بين فى محله فالنتيجه ان الوقف لا يكون بيعه جائزا بعد انتفاء المجوز.

و اما اذا قلنا بان طرو المجوز يبطل الوقف لعدم امضاء الشارع له بهذا المقدار فنقول بجواز بيعه و ببطلان الوقف بمقدار طرو المجوز فان الضرورات تتقدر بقدرها فاذا انتفى المجوز فيشمله عموم العام الدال على عدم جواز بيعه فالحق كما ذهب اليه السيد الاستاذ من ان عموم العام مقدم على استصحاب حكم المخصص فعليه

لا يترتب على القولين ثمره عمليه لأنه لا يجوز بيع الوقف بعد انتفاء المجوز سواء قلنا بأن

طرو المجوز مبطل للبيع أم لا.

[الأقوال فى الخروج عن عموم منع بيع الوقف]

اشاره

قال: الشيخ ره (فاعلم ان لأصحابنا فى الخروج عن عموم المنع فى الجمله اقوالا ...) «۱».

اقول: بعد ما ذكر (قدس سره) ان مقتضى العمومات فى الوقف عدم جواز بيع الوقف قال: اعلم ان فى المسأله اقوالا.

منها القول بعدم جواز بيعه و عدم الخروج عن الوقف اصلا

و هو الظاهر من كلام الحلى و ادعى فى السرائر عدم الخلاف فى عدم جواز البيع فى الوقف المؤبد و تبعه الاسكافى فى الجمله.

و منها التفصيل بين الوقف المنقطع و المؤبد

فذهبوا الى جواز بيعه فى المنقطع دون المؤبد و هذا القول نسب الى القاضى.

و منها التفصيل بين وقف المنقطع و المؤبد

فذهبوا بالجواز فى الثانى دون الاول كما ذهب اليه الشيخ و سلار بدعوى ان العين الموقوفه بعد الانقطاع يرجع الى ملك ورثه الواقف.

[الكلام تاره فى الوقف المؤبد و أخرى فى المنقطع]

[أما الوقف المؤبد]

اشاره

قال: الشيخ ره ما حاصله «۲» ان الوقف اما مؤبد او منقطع و الوقف المؤبد اما يكون ملكا للموقوف عليهم فلهم استيجاره و اخذ الاجره و غير ذلک من التصرفات الجائزه.

اولا يكون ملكا لأحد بل يكون فک ملک نظير التحرير كالمساجد و المدارس فانه ليس قابلا للبيع لعدم كونه ملكا و لا خلاف فى ذلک فان محل الكلام فى جواز بيعه انما هو القسم الاول نعم لو خرب المسجد يمكن ان يوجر ارضه للزراعه مع المحافظه على الآداب اللازمه كما ذكره بعض الاساطين.

---

(۱)- المكاسب، الصفحه (۱۶۴) السطر (۲۶).

(۲)- المكاسب، الصفحه (۱۶۶) السطر (۳۲).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۱۸

[الكلام فيما يكون ملكا للموقوف عليهم]

اشاره

اقول: و ينبغى ان يقع البحث فى مقامات.

(الاول)- هل يخرج العين الموقوفه عن ملک الواقف بمجرد صدور الانشاء منه أم لا.

(الثاني)- انه على فرض خروجه عن ملكه بانشاء الصيغه هل يدخل فى الموقوف عليه أم لا.

(الثالث)- انه هل يدخل فى ملكه تعالى أم لا (الرابع التفصيل بين الوقف العام و الخاص

اما المقام الاول [هل يخرج العين الموقوفه عن ملک الواقف بمجرد صدور الانشاء منه أم لا]

فانه ربما يقال بعدم خروجه عن ملک الواقف لأنه عباره عن تحبيس العين و تسبيل الثمره كما روى عن النّبىّ صلى اللّه عليه و آله انه قال: حبس الاصل و سبل الثمره «۱». و الظاهر من الحبس ان يبقى الشى ء فى حاله و فى ملک مالكه.

و فيه- ان الحبس كما بينا عباره عن ايقاف العين و جعله مقطوعا من التحرک و هذا لا ينافى خروجه عن ملک الواقف و يكون محبوسا فى ملک الموقوف عليه.

و ثانيا- ان معنى الحبس كون الشى ء مقطوع اليدين بأن لا يتحرک بالحركه الاعتباريه ببيع و اجاره و صلح و غيره و لا يلازم

هـذا المعنى ان يكون فى ملـك احـد كالمسـجد فـانه لا يكون ملك احـد مع انه محبوس فالحبس لا يكون ملازما مع البقاء فى ملك الواقف بل لا يكون ملازما مع اصل الملك كما اوضحناه فان المسجد و لو لم يكن من اقسام الوقف كما هو الحق لكن لا شبهه فى كونه محبوسا عن الحركه.

و ربمـا يقـال: بخروجه عن ملـك الواقف لاـن اعتبـار الملـك للواقف مع كونه ممنوعـا عن التصـرفات النـاقله فى العين و رجوع منافعها الى الموقوف عليه لغو.

و فيه- نقضا و حلا اما النقض فبالرهن فان الراهن ممنوع من التصرف فيكون اعتبار ملكيته لغوا.

---

(۱)- مستدرك، الجزء (۲) الصفحه (۵۱۱) الباب (۲).

و اما الحل فبعدم قيام الدليل على كون اللغويه من الاسباب المخرجه للعين عن ملك صاحبه و على فرض كونه لغوا فلا يترتب عليه محذور كيف و نظائره كثيره فى الفقه كما اذا سقط مرجان من يد شخص بقعر البحر فانه ملكه و لكنه لا يترتب عليه اثر.

و بعباره واضحه ان اعتبار الملكيه لا بد ان يكون له منشأ عقلائى و العين من حين صيرورته ملكا للواقف كان له منشأ عقلائى كبقيه الاملاك لملاكهم و بعد الوقف ليس له اعتبار جديد كى يقال بأنه لغو بل اعتبار عدمه يحتاج الى وجه.

و الذى ينبغى ان يقال فى وجه خروج العين عن ملك واقفه امران.

(الاول)- الفهم العرفى فان المتفاهم عند العرف ان الموقوفات منقطعات عن واقفيها و مسلوبات عن ملاكهم و ادعاء الواقف كونه مالكا امر مستنكر عندهم.

الثانى- ان الروايات تدل على خروجها عن ملك الواقف كما يستفاد ذلك من قوله (ع) و هو صحيح صدقه بتّا بتلا مبتوتا لا رجعه فيها «۱» و حيث نزل (ع) العين الموقوفه بمنزله «۲» القى كما انه انقطع عن الشخص و حصل الانفصال و كذلك الوقف فانه منفصل عن الواقف و منقطع عنه. هذا تمام الكلام فى المقام الاول.

المقام الثانى- انه استدل على دخوله فى ملك الموقوف عليه بوجوه.

(الاول)- ان المتلف للعين الموقوفه يضمنها للموقوف عليه

فيستكشف عنه انه مالك له و الا فلا وجه للضمان له مع عدم كونه مالكا لها.

و اورد عليه بأن الضمان لا يستدعى الملك فربما يكون الشخص ضامنا للشى ء مع انه لا مالك له كفرش المسجد.

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۳) الباب (۱۰) من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات، الحديث (۵)

(۲)- الوسائل، الجزء (۱۳) الباب (۱۱) من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات، الحديث (۲)

اقول: انه لا نسلم

عـدم المالـك له بـل انه ملك للمسـجد فيكون ضامنا للمسـجد و لا مانع فى الالتزام بكون المسـجد و غيره من غير ذوى العقول مالكا للشى ء اذا قام الدليل عليه.

و التحقيق ان يقال اولا ان تلف العين الموقوفه هل يوجب ضـمان المتلف لها أم لا و هو محل كلام بين الاعلام فعلى القول بعدم الضمان لا يتم ما ذكره الخصم.

و على هذا الاختلاف فرع السـيد الاسـتاذ ثمره و هى ان الثمره بين القول بالملك فى العين الموقوفه و عدمه ان على فرض كونها ملكا يضـمن المتلف و على فرض عدمه لا يكون ضامنا له فالضـمان ليس امرا مسـلما حتى يجعل دليلا لإثبات الملكيه للموقوف عليه بل هو مختلف فيه فلا يصح الاستدلال به.

و (ثانيـا)- ان الضـمان لا يسـتدعى الملـك بل مجرد اضافه التالف الى المضـمون له يكفى فى الضـمان و لـذا اذا اضـر شـخص بشخص آخر يكون المضر ضامنا له و ان لم يكن المضمون له مالكا لشى ء اصلا.

و بعباره اخرى دليل الضـمان انما هى السـيره العقلائيه و من الظاهر عدم الفرق فيها بين الموارد و الذى يقتضى الضمان ان يتلف الضامن ما يكون راجعا الى الغير اما بكونه مالكا للعين او بكونه مالكا للمنفعه و اما بكونه مالكا للانتفاع.

(الثانى) ان الموقوف عليه يكون مالكا للمنافع بلا خلاف فيه

و حيث ان المنافع تابعه للعين فيستكشف من ذلك بالدليل الإنى انه مالك للعين أيضا.

و فيه- ان الظاهر من قوله (ع)، (حبس الاصل و سـبل الثمره) التفكيك بين المنافع و العين و انه لا ملازمه بين العين و المنفعه فى تمام الجهات فان ملك المنافع يكشف عن ملك العين اذا كان بتبع ملك العين و لذا ان المسـتأجر يملك المنفعه مع عدم كونه مالكا للعين.

الثالث- ان الموقوف عليه من اركان العقد

فلا بد ان يكون الوقف ملكا له حتى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۲۱

يصدق عليه انه من اركانه.

و فيه- انه لا يلزم فى كونه ركنا ان يكون مالكا العين بل يكفى فى ذلك كونه مالكا للمنفعه أو يكون طرفا للعقد و الوقف و هو حاصل فى المقام.

الرابع – ان الوقف عقد يتقوم بايجاب و قبول

و لو لم يكن مفيدا للملك بل كان فك الملك لما تقوم بايجاب و قبول كالعتق.

و فيه اولا ان الوقف لا يحتاج الى القبول كما صرح به السيد الاستاذ.

و ثانيا- على فرض احتياجه الى القبول لا يحتاج الى كونه مالكا لها بل يكفى فى ذلك مجرد اضافته اليه بكون منافعه عائدا له.

(المقام الثالث) – فى انه هل يكون ملكا للّه سبحانه و تعالى؟

اشاره

و استدل على ذلك بوجهين.

(الاول) – ان الوقف عباره عن ازاله الملك عن الواقف كالعتق

فانه تحرير و نوع صدقه يتقرب به الى اللّه تعالى فكما ان العتق يوجب عدم دخول العبد فى ملك احد فكذلك الوقف فانه نظيره فى ذلك.

و فيه- اولا انا لا نسلم اعتبار قصد القربه فى صحه الوقف و على فرض اعتباره لا مدخليه له فى المبحث فاذا قام الدليل على كونه ملكا فيلتزم بها سواء اعتبر فيه قصد القربه أم لا و اذا لم يقم الدليل على ذلك فلا يكون ملكا لأحد سواء اعتبر فيه قصد القربه أيضا أم لا.

و ثانيا- انه لا وجه لتنزيل الوقف منزله العتق لان العتق عباره عن فك الملك و تحريره و يترتب عليه عدم دخوله فى ملك احد، و لو فى ملك اللّه تعالى بالملك الاعتبارى الذى هو محل البحث و ان كان كل شى ء ملكا له تعالى بالملكيه الحقيقيه و الاضافه الاشراقيه الا انه خارج عن المبحث.

و اما الوقف فانه عباره عن حبس الملك، فلا ينافى كونه ملكا للموقوف عليه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۲۲

مثلا فان البابين ليسا من باب واحد فينزل احدهما منزله الاخر.

(الثانى) ان الوقف عباره عن تحبيس العين و ايقافه فى مكان واحد و يترتب عليه عدم جواز بيعه

فمن ذلك يستكشف عدم كونه ملكا لأحد فيكون ملكا له تعالى و الا لا وجه لعدم جواز بيع المالك اياه مع ان مقتضى كون تسلط الناس على اموالهم ان للمالك التصرف فى ماله كيف يشاء.

و يرد عليه (اولا) انا نلتزم بجواز بيعه فى الجمله كما سيجى ء إن شاء اللّه تعالى.

(و ثانيا) لا تلازم بين جواز البيع و الملكيه فربما يكون الشى ء ملكا و لا يجوز بيعه كالعين المرهونه و أم ولد و غيرهما.

و (ثالثا) انه لا يكشف عدم كونه ملكا لأحد انه ملك له تعالى فان هذا المعنى يحتاج الى دليل.

المقام الرابع التفصيل بين الوقف العام و الخاص

بأن يكون الخاص ملكا للموقوف عليهم بخلاف العام فانه ملك له تعالى، لان الموقوف عليهم اما يملكون العين الموقوفه بنحو العموم الاستغراقى بأن يكون كل واحد من البطون اللاحقه و السابقه مالكا لها بالاستقلال فهذا امر غير معقول، و اما يملكون البعض منهم دون البعض الاخر فهذا ترجيح بلا مرجح، و اما يملكون المجموع من حيث المجموع و هذا ينافى اختصاص الحاضرين بالانتفاع فلا بد ان يقال: انه ملك لله تعالى.

و فيه (اولا) انه ملك للجامع منهم و لا يلزم شى ء من المحذورات المذكوره فى المقام كما التزمنا ذلك فى الزكاه حيث انها ملك لجامع الفقراء و الخمس فانه ملك لجامع السادات لا لأفرادهم حتى يلزم ما ذكر من المحذور.

و (ثانيا) لا يلزم من عدم المالك للعين الموقوفه ان يكون للّه تعالى لعدم المحذور من الالتزام بعدم المالكيه فلقائل ان يقول: انها ليست ملكا لأحد، و مع ذلك لا يكون ملكا للّه تعالى أيضا فلا ملازمه بين الامرين.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۲۳

ان قلت: اذا لم تكن العين الموقوفه ملكا لأحد و لا

ملكا للّه سبحانه و تعالى، فيكون من المباحات الاصليه التى يجوز لكل شخص ان يتصرف فيها.

قلت: لا نسلم ان تكون من المباحات الاصليه لان دليل الوقف اعنى به قوله:

(حبس العين و سبل الثمره) يمنع عن التصرفات، و الحاصل ان العين الموقوفه و ان لم يكن ملكا لأحد و مع ذلك لا يكون من المباحات حتى يجوز فيه تصرف كل فرد من المسلمين و لذا لا يجوز لغير الموقوف عليهم ان يتصرف فيها.

[الكلام فيما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فک ملک نظير التحرير]

و التحقيق ان يقال: ان الوقف على اقسام.

القسم الاول ما يكون عنوانه التحرير كالمساجد

فانها ليست بملک بل انه عباره عن فک الملک فانه انما يجوز الانتفاع به بحكم الشارع لا بتسليط الواقف، و لذا ليس له ان يقول: وقفته للمصلين او على الصلاه لأنه على هذا يكون وقفا خاصا و ليس بمسجد فانه لم يقصد به الا كونه مسجدا.

و اما جواز الصلاه فهو من احكامه المترتبه عليه، بل افاد السيد الاستاذ لو جعل الارض وقفا للصلاه فلا يترتب عليها احكام المسجد.

القسم الثانى ما يملک منفعته على نحو خاص،

كالأوقاف العامه من قبيل المدارس، و الخانات المعده لنزول المسافرين فانها ملک للجامع و لكنها ليست ملكا طلقا كى يجوز أن يتصرفوا فيها كيفما شاءوا بل ملكيه مقيده بحيث لا يجوز للموقوف عليه الايجار، فلا يجوز لطالب العلم ان يوجر حجره المدرسه مثلا بل انه يملک الجلوس فيها و غيره و لذا لو اتلف منها شيئا يكون المتلف ضامنا.

و بعباره اخرى يملک الجلوس فى الحجره و لا يملک اجلاس الغير قال السيد الاستاذ فى مقام اثبات عدم الملكيه ان قوله: وقفت المدرسه مثلا على الطلبه يدل على عدم كون المدرسه ملكا للموقوف عليه لان كلمه على للضرر و لو كانت المدرسه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۲۴

ملكا للطلاب لا بد: ان يعبر بكلمه لام بأن يقول وقفت للطلبه و الحاصل انه يستفاد من هذا التعبير كون المنفعه ملكا لهم و عدم جواز نقلها الى الغير.

و فيه ان كلمه على لا تستعمل فى معنى الضرر دائما بل قد يستعمل فيه و قد يستعمل فى غيره هذا اولا.

و (ثانيا) ان المستفاد من كلمه على عدم جواز نقل المتفعه و اما انها ملك له أم لا فلا يستفاد منها كما هو واضح.

[القسم] (الثالث) ما يكون وقفا للجهه الخاصه

كالحمام مثلا-اذا وقف للطلبه فانهم ليسوا مالكين للمنفعه، و لا-مالكين لانتفاع بل يملكون العين و لكن المالك ليس كل فرد فرد منهم بل الجامع بينهم مالك لذلك فان لولى الامر عليهم ان يوجر الحمام و يصرف منافعه للجهه الكليه لهم.

[القسم] (الرابع) ما يكون وقفا لعده معينه و يسمى بالوقف الخاص

فان الموقوف عليهم يملكونه على نحو الاشاعه.

[القسم] (الخامس) ما يكون وقفا لغير ذوى الشعور كالأعيان الموقوفه للمسجد و نحوه

فان المسجد و نحوه أيضا يكون مالكا للموقوفات و لا بأس بالالتزام به قال السيد الاستاذ: ان المشاهد المشرفه أيضا تكون كالمسجد فى الاحكام المذكوره و لكنه لا يمكن المساعده عليه لأنه يجوز للواقف ان اوقع إنشاء الوقف للمشاهد بقوله وقفت للزياره او للصلاه، و الحال انا بينا عدم جواز إنشاء وقف المسجد بمثل ذلك.

و أيضا قال السيد الاستاذ و المرزا النائنى رحمه اللّه عليه ان المسجد نفس الفضاء المعبر عنه بمقوله الاين و اما السقف و الجدران، و الارض فانها ليست من المسجد لأنه اشترط فى الوقف ان يكون باقيا مؤبدا و هذه المذكورات ليست لها بقاء حتى يوقف بل انها يكون كالآلات التى وقفت للمسجد من الحصير و السراج و غيرهما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۲۵

[فى بيان ما يكون عنوانه كالتحرير]

اشاره

اذا عرفت هذه الاقسام الاربعه فنقول: أما القسم الاول من الوقف فيقع الكلام فى تحقيق حكمه

ربما يستدل بعدم جواز بيعه بوجهين.

الوجه الاول انه ليس بمال و يشترط فى المبيع أن يكون مالا.

و فیه انا بینا غیر مره عدم اشتراط المالیه فی المبیع لان البیع عباره عن التبدیل غیر المجانی سواء کان مالا أم لا هذا اولا.

و (ثانیا) لا نسلم عدم مالیه المسجد بل انه مال، و لذا یبذل المال فی مقابله کما هو واضح، فلو لم یکن مالا لم یشتریه احد و لم یبذل فی مقابله مال.

الوجه الثانی انه لیس بملک و اشترط فی صحه البیع ان یکون المبیع ملکا للبائع

کما یدل علی ذلک قوله: صلی اللّه علیه و آله لا بیع الا فیما تملکه و قوله:

لا بیع الا فیما تملک. «۱»

و فیه ان الروایات المذکوره فی المستدرک ضعیفه لا یمکن ان یتمسک بروایاته.

و أیضا استدل علی اشتراط الملکیه بقوله علیه السلام و لا یجوز بیع ما لیس یملک و غیره من الروایات الموافقه للروایه المنقوله فی المستدرک.

و اجاب السید الاستاذ ان هذه الروایات تدل علی عدم جواز بیع مالا یملک لنفسه، و اما بیعه لمالکه فلا تدل علی عدم جوازه.

و فیه ان المعیار فی الاستدلال اطلاق جواب الامام علیه السلام و هو باطلاقه یشمل کلتا الصورتین سواء باع البائع لنفسه او لغیره.

و الذی یقتضیه التحقیق ان یقال: ان المستفاد من الروایات ان الاجنبی لیس له ان یبیع ملک الغیر بل لا بد ان یکون بیع المملوک بید مالکه، و اما اشتراط الملکیه فی المبیع و عدمه فالروایه اجنبیه عنه.

و ان شئت قلت ان القدر المستفاد من الادله ان الانسان لیس له ان یبیع ما

---

(۱)- مستدرک، الجزء (۲) ص ۴۶۰

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۲۲۶

یکون ملکا لغیره، و اما اشتراط المبیع بکونه مملوکا فهو امر آخر اجنبی عن هذا المطلب، و تظهر الثمره فیما لو جاز بحسب الادله الشرعیه جواز بیع شی ء لشخص کجواز بیع الوقف للمتولی لا

يمكننـا الحكم بأن الوقف لا بـد ان يكون مملوكا اذ لم يثبت اشتراط الملكيه فى المبيع، فتحصل ان الوجهين المـذكورين لعـدم جواز بيع ما يكون محررا كالمساجد لا يمكن المساعده عليه.

و الـذى يصح ان يقال فى المقام: ان المساجد اذا قلنا بأنها خارجه عن حقيقه الوقف فلا تشـملها الادله المانعه عن بيع الموقوفات كما انا قلنا بذلك و اشـرنا الى وجهه، الا ان الذى يسهل الخطب ان يقال فى وجه عدم جواز بيع المساجد قيام الضروره بذلك و تسالم الفقهاء عليه.

و ربما يتراءى عن بعض الكلمات فى وجه عـدم جواز بيعها بأن عنوان المسـجديه الذى وقع إنشاء الوقف عليه قائم على شـخص هذه الهيئه فاذا جاز بيعها يوجب ان ينتفى هذا العنوان و بعباره اخرى ان بوقوع البيع على المسجد ينتقل المبيع معنونا بهذا العنوان الى المشترى او بلا هـذا العنوان، اما على الاول فيلزم ترتب احكام المسـجد عليه حتى بعـد البيع و هو كما ترى، و اما على الثانى فيلزم ان يكون المنتقل الى الغير غير ما وقع عليه البيع.

و يرد عليه (اولا) ان هـذا ينتقض بموارد جواز بيع الوقف كحصـير المسـجد مثلا فان الترديـد المذكور يجرى فيه بعينه و الجواب هو الجواب و ثانيا ان الوجه المذكور وجه عدم جواز بيع المساجد انما هو امر ذوقى لا يمكن الاستدلال به لإثبات المدعى.

و (ثالثا) أن مجرد بقاء عنوان المسجديه لا يوجب عدم جواز بيعها اذا قام الدليل على جواز البيع و نلتزم بعدم ترتب الاحكام عليه بعـد البيع و الحاصـل ان الميزان اتبـاع الـدليل المعتبر فاذا قام على جواز البيع فلا بـد ان يلتزم به بلا فرق فى ذلك بين بقاء عنوان المسجد أم

لا فتحصل ان هذا الوجه الذى افيد لعدم جواز بيع المساجد غير-

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۲۷

تام، و الوجه التام لعدم جواز البيع هو ما قدمنا من تسالم الفقهاء و قيام الضروره على ذلک.

[فى صوره اليأس عن الانتفاع بالمسجد للجهه المقصوده هل تصح إجارتها للزراعه أم لا]

قوله: (مع اليأس عن الانتفاع به فى الجهه المقصوده يوجر للزراعه) «۱»

أقول: اذا ثبت عدم جواز بيع المساجد يقع البحث بأنه مع اليأس عن الانتفاع منها للجهه المقصوده هل تصح اجارتها للزراعه أم لا. و الظاهر انه لا مانع عنها مع المحافظه على الآداب اللازمه فى المساجد.

ثم انه ينبغى أن يرسل عنان الكلام الى بيان حكم التصرف فى المسجد

اشاره

فنقول:

يقع الكلام فى موضعين أحدهما فى المسجد العامر ثانيهما فيما عرض عليه الخراب

أما الموضع الثانى [فيما عرض عليه الخراب]

فان بعض التصرفات كالزراعه جائز فيه مع مراعاه الشرائط المقرره كما بيناه آنفا.

و أما التصرفات الاخرى غير الزراعه فان علم جوازه بقيام السيره أو بدليل آخر فهو، و أما اذا شك فيه فنتعرض لتوضيحه فى البحث عن الموضع الاول من المبحث، و هو المسجد العامر

[أما الموضع الأول أى المسجد العامر]

و نقول: ان بعض التصرفات قد قامت السيره على جوازه كالتصرفات التى كانت فى عصر النّبيّ صلى اللّه عليه و آله و الائمه (ع) من اجتماعاتهم فى المساجد فانها لم يكن لأجل الامور الاخرويه دائما بل قد كان للأمور الدنيويه أيضا كما هو واضح.

و بعباره ملخصه لا شبهه فى جواز التصرف و الانتفاع من المسجد بنحو الموجبه الجزئيه كما يستفاد ذلک من الاخبار الوارده فى

أحكام المساجد و هذا من الامور التى لا يخفى على المتأمل.

و أما التصرفات المزاحمه للجهه التى يكون المسجد معدا لها فلا يجوز بلا شبهه اذ يلزم الخلف، و اما التصرفات التى لم تقم السيره على جوازها و لا تكون مزاحمه

---

(۱)- المكاسب ص ۱۶۷ السطر (۴)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۲۸

مع تلك الجهه فهل يمكن أن نتمسك فيها بأصاله الاباحه أم لا.

و التحقيق أن يقال: انا لو قلنا بأن المسجد خارج عن حقيقه الوقف فلا مانع من اجراء اصاله البراءه و أما لو قلنا بأنه فك ملك على أنه داخل فى الوقف فلا يجوز ذلك لان مقتضى الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها اختصاص التصرفات بما يكون المسجد موقوفا لها، و أما لو قلنا بأنه ملك خاص للجهه الخاصه فلا يجوز التمسک باصاله الاباحه لعدم جواز التصرف فى ملك الغير و ليس للمتولى أن يأذن بذلك فتأمل.

و ربما يستدل على عدم جواز التصرف بعد زوال

الانتفاع به باستصحاب الحرمه السابقه.

و فيه ان الاستصحاب لا يجرى فى الشبهات الحكميه الكليه لتعارض استصحاب المجعول مع الاستصحاب الجارى فى ناحيه الجعل دائما.

و ثانيا ان المسجد لا يخرج عن كونه مسجدا بطرو الخراب له حتى يحتاج الى الاستصحاب هذا تمام الكلام فى حكم المسجد من حيث نفسه.

و أما آلات المسجد كالحصير و غيره، و القناطر الموقوفه و غير ذلك من الموقوفات العامه «على تقدير كون الوقف فك ملك» هل يضمن المتلف أم لا؟

قال الشيخ (قدس سره) ان للضمان وجهان، من أن مقتضى عموم على اليد هو الضمان الى آخر كلامه

و استدل على عدم الضمان بوجوه.

الوجه الاول ان الضمان انما يكون فيما أن يكون المتلف ضامنا للمنفعه أيضا، و حيث انه لم يكن ضامنا لها لعدم وجود مالك لها حتى يكون التالف ضامنا له، فلا يكون ضامنا للعين أيضا لان مالا ضمان لمنفعته لا ضمان لعينه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۲۹

و فيه انه لا يلزم فى الضمان أن يكون المضمون ملكا لأحد بل يكفى فيه ضمانه للجهه التى وقفت هذه الموقوفات لها أو للجامع الذى يكون موقوفا عليه، و بعباره أخرى اذا كان الشى ء راجعا الى ناحيه أو أحد يصح الضمان له.

الوجه الثانى أن معنى الضمان اشتغال ذمه المتلف للمضمون له أعنى المالك، و المفروض فى المقام عدم المالك فعليه لا معنى للقول بالضمان.

و فيه قد بينا عدم التلازم بين الضمان و وجود المالك بل يكون ضامنا لمن يرجع اليه النفع.

الوجه الثالث ان قوله: على اليد يجبر المتلف ان يؤدى العين التالفه الى صاحبه، فغايه على اليد انما هى التأديه، فمع عدم وجود المؤدى اليه لا يتحقق التأديه حتى تصير ذمته فارغه عن ما

تقتضيه قاعده على اليد.

و فيه أولا لا نسلم عدم وجود المؤدى اليه بل انا بينا آنفا انه يؤدى الى من يكون له و اما كون المضمون له مالكا حتما فلا دليل عليه.

و ثانيا ان الدليل ليس قوله: على اليد، لضعف سنده بل الدليل عندنا السيره القائمه على ذلك الموافق لمضمون على اليد و لا يرد عليه ما قيل.

و الذى يسهل الخطب ان يقال: ان هذه الموقوفات ما عدى المسجد اعيان مضمونه و المتلف يكون ضامنا لمالكها سواء كان المالك من ذوى الشعور أم لا ـ فانا قد بينا ان غير ذوى الشعور أيضا يمكن ان يكون مالكا، فان الضمان على هذا يكون على القاعده.

و اما المسجد فانه على القول بعدم ملكيته و بانه لا يدخل فى حقيقه الوقف لا تشمله الادله المذكوره الا انا فى سعه من ذلك فانه لا فرق فى السيره العقلائيه بين المملوك و غيره و حيث ان المسجد امر راجع نفعه الى المسلمين فمقتضى القاعده الضمان.

قوله «ثم انه ربما ينافى ما ذكرنا من عدم جواز البيع القسم الثانى من-

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۳۰

الوقف ...) «۱»

اقول: لما انجر الكلام الى هنا لا بأس بالتعرض للبحث عن ثوب الكعبه

فنقول: ذهب بعض الى بقائه فى ملك الواقف و يلزم على هذا ان ينتقل الى ورثته اذا مات و كذا يلزم ان يكون امره بيد الحاكم اذا كان الواقف محجورا عنه بجنون او بغيره و لم يلتزم به احد.

و ذهب السيد الاستاذ الى ان هذا الثوب لم يبق فى ملك واقفه و لا يكون وقفا بل انه نتيجه الوقف لأنه على ما نقل ان فى مصر موقوفه للأستاذ فيباع منافعها و يشترى ثوب الكعبه فليس نفس الثوب وقفا بل هو نتيجه الوقف.

و ربما يقال:

انه لا محذور فی کون ثوب الکعبه أیضا من الموقوفات، و لکن مع ذلک یجوز بیعه للنص الخاص کروایه عبد اللّه ابن عتبه قال: سألت ابا عبد اللّه (ع) عما یصل إلینا من ثیاب الکعبه، هل یصلح لنا ان نلبس منها شیئا؟ قال: یصلح للصبیان و المصاحف و المخده یبتغی بذلک البرکه ان شاء اللّه «۲» الا ان عبد اللّه ابن عتبه لم یوثق.

و رواه الصدوق باسناده عن عبد الملک بن عتبه و هو صحیح فالروایه صحیحه من حیث السند الا انها لا تدل علی جواز البیع کما تری.

و فی المقام روایه أخری و هی روایه مروان بن عبد الملک قال: سألت ابا الحسن علیه السلام عن رجل اشتری من کسوه الکعبه شیئا فاقتضی ببعضه حاجته، و بقی بعضه فی یده هل یصلح بیعه؟

قال: یبیع ما أراد و یهب ما لم یرد، و یستنفع به و یطلب برکته قلت: أ یکفن

---

(۱)- المکاسب، الصفحه (۱۶۷) السطر (۱۳)

(۲)- الوسائل، الجزء (۹) الباب (۲۶) من ابواب مقدمات الطواف.

به المیت؟ قال: لا «۱» و هی و ان کانت ظاهره فی جواز البیع و لکنها مخدوشه سندا فلا یعتمد علیها.

قوله: (قیل بل لکل أحد حیازته) «۲»

أقول: بعد الفراغ عن حکم المسجد یقع الکلام فی أحکام أجزاء المسجد کجزوع سقفه و اجره من حائطه المنهدم فهل یملک بالحیازه أم لا؟

قال الشیخ: و فیه نظر، و لعل وجهه أن معنی الوقف تحبیس العین فلا ینتقل بالحیازه و غیره، و لا تشمله أدله من سبق لان المفروض أن ما نحن فیه سبقته ید أخری، و أما قوله: من حاز شیئا فملک فلا سند له، و الاصل عدم

دخوله فی ملک الغیر بالحیازه.

[الکلام فی جواز بیع الوقف و عدمه]

اشاره

قوله: (فاعلم أن الکلام فی جواز بیع الوقف یقع فی صور الاولی أن یخرب الوقف بحیث لا یمکن الانتفاع به مع بقاء عینه کالحیوان المذبوح و الجذع البالی و الحصیر الخلق و الاقوی جواز بیعه لعدم جریان ادله المنع، أما الاجماع فواضح.

و أما قوله: (لا یجوز شراء الوقف فلانصرافه الی غیر هذه الحاله، و أما قوله:

الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها فلا یدل علی المنع هنا لأنه مسوق لبیان وجوب مراعاه الکیفیه المرسومه فی إنشاء الوقف و لیس منها عدم بیعه، بل عدم جواز البیع من أحکام الوقف. «۳»

أقول: أما قوله: (أما الاجماع فواضح) فیمکن أن یکون وضوحه من جهه أن مع

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۹) الباب (۲۶) من أبواب مقدمات الطواف، الحدیث (۳).

(۲)- المکاسب، ص ۱۶۷ السطر (۳۲).

(۳)- المکاسب، الصفحه (۱۶۸) السطر (۳)

وجود المخالف لا ینعقد الاجماع، و قد ذهب بعض الی جواز بیعه فی المقام فکیف یتحقق الاجماع؟ هذا أولا.

و (ثانیا) انه علی فرض تحققه لا یکون اجماعا تعبدیا کاشفا عن رأی المعصوم علیه السلام لان مدرکه هی الوجوه التی أقیمت فی وجه المنع و لا أقل من احتماله، و هذا کاف فی اسقاط الاجماع عن الحجیه.

و أما قوله: (ان قوله لا یجوز شراء الوقف منصرف عن المقام) فیمکن أن یکون الوجه فی الانصراف عن المقام ندره وجوده.

و فیه اولا ان کثره الوجود لا یکون منشأ للانصراف بحیث یوجب انصراف المطلق عن الفرد النادر، نعم أن المطلق لا ینصرف الی الفرد النادر، و أما انصرافه عنه الی غیره فممنوع جدا.

و ثانیا لا نسلم قله وجود الموقوفه المخروبه بل هی أیضا کثیره فی الخارج.

و

(ثالثا) نفرض أن قوله: لا يجوز بيع الوقف منصرف عنه الا انه لا مانع من شمول قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على أنه دليل الامضاء أيضا كما عليه الشيخ و بناء على توقف الوقف على القبول، أو نلتزم بصدق العقد على مجرد الايجاب، و كذلك لا مانع من شمول قوله: تجاره عن تراض و قوله: المؤمنون عند شروطهم بالتقريب الانف.

و اما قوله: الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فانه لا يدل على المنع هنا لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاه الكيفيه المرسومه فى إنشاء الوقف و ليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف.

ففيه اولا أن ما أفاده هنا بأن عدم جواز بيعه ليس من كيفيات الوقف ينتقض بما ذهب (قدس سره) الى أن جواز البيع ينافى حقيقه الوقف لأنه عباره عن ايقاف العين، و البيع ينافيه، لأنه عباره عن النقل، و الانتقال فاذا كان عدم جواز البيع من أحكامه لا من كيفياته فلا وجه للتنافى المدعى بينهما.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۳۳

و (ثانيا) ان الوقف كما بينا سابقا عباره عن تحبيس العين و تسبيل الثمره، و أمضاه الشارع بما له من المفهوم، و يفهم من هذا أن عدم جواز بيعه أيضا من الكيفيات المرسومه فى إنشاء الوقف فلا بد من مراعاتها.

ان قلت: ان إنشاء الوقف لا يشمل لما اذا خرب الوقف بحيث أن لا يمكن الانتفاع به، اذ المقصود من الوقف الانتفاع به و المفروض تعذره فى المقام.

قلت: ان الظاهر من اطلاق إنشاء الوقف شموله حتى مورد طرو الخراب له لان معنى كون الوقف مؤبدا كونه باقيا فى الوقف و لو بعد كونه منقطعا عن الانتفاع به.

و (ثانيا) على فرض تسليم ان

الاطلاق لا يشمل لما اذا خرب الوقف يكون الوقف موقتا فلا بد أن يرجع العين الى واقفه كما هو معنى الوقف الموقت و أما جواز بيعه فلا وجه له.

ان قلت: ان الوقف من الواقف تعلق بعنوان الدار مثلا فاذا خربت الدار لا يبقى موضوع للوقف فيبطل بانبطال موضوعه.

قلت: ان الميزان فى جواز بيعه فى محل البحث هو عدم الانتفاع به و هذا المعنى أعم من الخراب بحيث ينتفى موضوعه، بل النسبه بينهما بالعموم من وجه.

و ثانيا ان العناوين لا موضوعيه لها فى المعاملات بل هى مشيره الى الذوات فان فى قوله: بعتك الدار مثلا يكون عنوان الدار مشيرا الى الوجود الخارجى لا أن له موضوعيه فى البيع، و الا ليلزم أن ترجع العين الى ملك بايعه بعد عروض الخراب للدار و لم يلتزم به أحد، فكذلك المقام فان العنوان لا دخل له فى الموضوع حتى يقال بانتفائه ينتفى الوقف.

و ثالثا على تقدير تسليم أن العنوان له دخل فى الموضوع فنقول: ان هذا لا يدل على جواز بيعه، بل اذا بطل الوقف بانتفاء العنوان مثلا ترجع العين الى ملك واقفه،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۳۴

و اما جواز بيعه فلا مقتضى له أصلا.

ان قلت: ان الوقف كما بين فى محله عباره عن تحبيس العين و تسبيل الثمره فالانتفاع به يكون من مقومات الوقف، فاذا انتفت الثمره و لم يمكن الانتفاع به ينتفى ما هو كان مقوما للوقف و بانتفائه ينتفى الوقف طبعا لان الشى ء يزول بزوال مقومه.

قلت ان عدم الانتفاع و بطلان الوقف لا يوجب جواز بيعه بل يرجع الى ملك واقفه بعد بطلان الوقف كما مر.

و ثانيا انه بعد عروض الخراب له أيضا يمكن أن

يستفاد منها بنحو آخر كما لو خربت الدار يمكن أن يوجر للزراعه مثلا.

[فيما أفاد الشيخ رحمه الله فى جواز بيع الوقف]

اشاره

قوله: (و الحاصل ان الامر ...) «۱»

اقول: استدل الشيخ قدس سره أيضا على جواز بيع الوقف بقوله: ان الامر دائر بين تعطيل الموقوفه حتى يتلف بنفسه، و بين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به البطون اللاحقه، و الاول تضييع مناف لحق اللّه و حق الوقف و حق الموقوف عليه، و لا مجال لجريان استصحاب حرمه البيع بعد ارتفاع انتفاع البطون عن العين الموقوفه.

أقول: و فيما أفاده (قدس سره) مواضع للنظر

(الاول) ان قوله: ان الاول اى تعطيله حتى يتلف ينافى حق اللّه و تضييع له مدفوع

بانه ما المراد من حق اللّه فان كان المراد انه حرام لكونه تضييعا للمال و اسرافا فعلى هذا يكون المراد من الحق هو الحكم، و هو على تقدير الاغماض عن كونه خلاف الظاهر ان الدليل أخص عن المدعى لأنه قد لا يصدق التضييع و الاسراف على تعطيله لا مكان الاستفاده منه بأن يؤكل الحيوان المذبوح، و على فرض عدم امكان الاستفاده منه نقول: ان بين اسراف الشى ء، و عدم انقاذه فرق غير خفى على المتأمل، و ان الحرام المسلم انما هو الاول و اما الثانى

---

(۱)- المكاسب ص ۱۶۸ السطر (۹)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۳۵

فلا دليل عليه الا فى موارد مهمه على كلام.

و (ثالثا) انه لا نسلم حرمه الاسراف مطلقا بل قد يكون ممضى لمصالح قويه معلومه عند الشارع و ان يصدق عليه عنوان الاسراف كذبح الشياه فى المنى فى عصرنا الحاضر و هل يمكن لأحد أن يلتزم بانه حرام مع أنه اسراف بالوجدان هذا كله فيما اذا كان المراد من حق اللّه هى الحرمه.

و أما ان كان المراد من قوله: (انه مناف لحق اللّه تعالى هو الحق الاصطلاحى الذى اشرب فيه معنى الملكيه و يدعى ان هذا الحق يقتضى أن تباع العين

التی لا یمکن الانتفاع بها کی یتبدل بعوض أخر فهذه مصادره بالمطلوب و لا بد من ذکر الدلیل علیه.

الثانی أن قوله: انه مناف لحق الواقف یرد فیه أیضا

انا بینا سابقا ان العین تخرج بالوقف عن ملک الواقف و لا حق له فی العین الموقوفه حتی ینافی بیعها بعد خروج اصل العین عن ملکه هذا اولا.

و ثانیا انه علی فرض بقاء العین فی ملکه أیضا لا یکون له حق فی العین الموقوفه حتی یکون ابقائه منافیا له.

لا یقال: ان غرض الواقف من الوقف بقاء العین الموقوفه لیثاب بها ما دام هی باقیه.

قلت: نفرض أن غرض الواقف یکون کذلک و لکنا لسنا بملتزمین أن نأتی بمقتضی غرضه ما دام لم یدل الدلیل علیه و المفروض أنه مفقود فی المقام.

(الثالث) ان قوله: (مناف لحق الموقوف علیه) أیضا مدفوع

بأن حین البیع لا یکون لهم حق کی ینافیه البیع فان ثبوت الحق لهم یتوقف علی بقاء العین و انقطاع البطون السابقه.

و بعباره اخری أن للبطون اللاحقه حق شأنی و لا یکون فعلیا الا بوجود

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۲۳۶

موضوعه، فاذا لم یبق له موضوع ببیع الوقف أو تلفه فلا یتحقق لهم حق مناف للبیع و ان شئت قلت: عدم جواز البیع یتوقف علی ثبوت حق لهم و ثبوت الحق لهم یتوقف علی عدم جواز البیع.

الرابع انه (قدس سره) منع من جریان استصحاب الحرمه فی المقام

و یمکن منعه لأحد الوجهین، اما من باب تبدل الموضوع بتخیل ان انتفاء قابلیه العین للانتفاع بها یوجب التبدل فی الموضوع، و اما من باب ان الاستصحاب فی المورد یکون من قبیل جریان الاستصحاب الکلی من القسم الثالث.

اقول: ان کان الوجه هو الاول ان کون الانتفاع به و عدمه من حالات الموضوع و قد برهن فی موضعه أن اختلاف الاحوال و الطوارئ لا یوجب تبدل الموضوع.. و ان کان الوجه هو الثانی نمنع کون المقام من قبیل جریان الاستصحاب من القسم الثالث من الاستصحاب الکلی لعدم علمنا بارتفاع الحکم الشرعی الذی کان عند وجود الانتفاع کما هو المعیار فی الاستصحاب المذکور اذ نحتمل بقاء تلک الحرمه الثابته سابقا، فلا مانع من جریان الاستصحاب فی المقام علی مبنی الشیخ.

و لكن لنا أن نمنع من جريان الاستصحاب فى المقام لا لما ذكره الشيخ، بل السرّ فيه ان جريان الاستصحاب فى الاحكام الكليه الالهيه متعارضه باستصحاب عدم الجعل الزائد دائما.

و اذا أغمضنا عن ذلك أيضا فنقول ان كان الاستصحاب متكفلا لإثبات الحرمه التكليفيه فانا نعلم ان مجرد إنشاء البيع لا حرمه له، و ان كان متكفلا لإثبات الحرمه الوضعيه فهذا يرجع

الى الاستصحاب التعليقى لأنه يقال: ان عقد البيع لو كان واقعا مع وجود الانتفاع لم يكن صحيحا فاذا وقع فى الحال الذى ارتفع الانتفاع فكذلك، و قد حقق فى محله عدم حجيه الاستصحاب التعليقى، أضف الى ذلك أن مع وجود الاماره لا تصل النوبه الى الاستصحاب، فان قوله: لا يجوز بيع الوقف لو فرض

قمّى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ۲ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ۳، ص: ۲۳۷

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۳۷

شموله للمقام أيضا فلا احتياج الى الاصل العملى كما هو ظاهر.

فتلخص ان الوجوه التى قيل أو يمكن أن يقال: فى وجه عدم جواز بيع الوقف فيما اذا خرب بحيث لا يمكن الانتفاع به لا يمكن المساعده عليها.

و التحقيق فى المقام ان يقال: ان الارتكازيات المعتبره عند العقلاء من الادله، و لذا يتمسكون لإثبات خيار الغبن بارتكاز العقلاء و كذا فى غيره من الموارد اذا عرفت ذلك فنقول.

ان الواقف و ان لم يصرح ببيع العين الوقوفه، و تبديلها بعين اخرى اذا سقطت عن الانتفاع بها الا ان هذا أمر ارتكازى له بحيث لو توجه ليصرح به فاذا ثبت هذا بالارتكاز يشمله قوله الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها، فان الواقف أنشأ صيغه الوقف للعين الموقوفه ما دام لا يسقط عن الانتفاع به فعلى هذا لا يبقى مجال لأدله عدم جواز بيع الوقف.

و ربما يرد فى المقام أن قوله: (صلى اللّه عليه و آله): (الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها، و ان كان مقتضيا لجواز البيع اذا لم يمكن الانتفاع به و لكنه معارض بقوله (صلى اللّه عليه و آله): (لا يجوز شراء

الوقف) فـانه يـدل على عـدم جواز بيعه فيتساقطـان بالتعـارض، فيرجع الى دليـل آخر، و مقتضـى الاصل العملى عـدم جواز بيعه، بمعنى أن الاصل عدم الانتقال بالبيع.

و فيه انـا لاـ نسـلم فى المقـام أن تصـل النوبه الى الاصـل العملى، لوجود الـدليل اللفظى فى المقـام، و هو قوله: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ). توضيحه انه ان قلنا باعتبار القبول فى الوقف فالامر واضح فانه أيضا عقد من العقود فيشمله دليل وجوب الوفاء.

و ان قلنا بعـدم اشتراطه فيه و قلنا بصدق عنوان العقد عليه بلا احتياج فى ذلك الى القبول كما عليه بعض فالامر أيضا واضح لأنه عقد يشمله دليل وجوب الوفاء و اما اذا قلنا باشتراط القبول فيه و قلنا بعدم صدق عنوان العقد عليه بدونه فلا يمكن الاستدلال

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٣٨

بقوله أَوْفُوا

مضافـا بـأن التمسـک بقوله تعالى أَوْفُوا يتوقف على امكان جعله دليلا للصـحه و اما لو قلنا: انه دليل اللزوم، و لا يمكن ان يكون دليلا للصـحه فلا مجال للأخـذ به، و العمـده انه لا نسـلم تعارض قوله: لا يجوز شـراء الوقف مع قوله: (الوقوف على حسب ...) لعدم توارد هما فى مورد واحد حتى يقع التعارض بينهما و ذلک لوجوه.

(الاول) ان قوله: (لا يجوز شـراء الوقف منصـرف عن المقام لكونه ناظرا الى المورد الذى يمكن ان يستفاد عن العين و اما اذا لم يمكن الانتفـاع بهـا فلاـ يشـمله الـدليل المـانع، و بعبـاره اخرى انا بينا سابقا ان الواقف يريـد بقاء ماليه العين بالارتكاز، فبتناسـب الحكم و الموضوع ينصرف الدليل المانع عن المقام الذى لا يمكن الانتفاع به.

(الثانى) ان موضوع الحكم لا بد ان يتحقق قبله ليقع عليه الحكم، فان قوله:

(لا يجوز شراء الوقف) لا

يمكن ان يكون دليلاـ للوقف لاـن الحكم لاـ يكون محققـا لموضوعه فلا بـد من تحقق الموضوع بطريق آخر، و لا طريق لإثبات الوقفيه، الا- قوله: (الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها) و معه كيف يمكن وقوع التعارض بين هـذين الدليلين مع ان احدهما فى رتبه الموضوع للاخر و ان شئت قلت يلزم من شمول دليل لا يجوز و تحققه عدمه و ما يلزم من وجوده العدم محال.

(الثالث) انه سـلمنا ان قوله: (الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها) يسقط بالمعارضه مع قوله: «لا يجوز ... » و لكنا نقول: ما المانع من البيع بعد وجود المقتضـى له و هو قوله: (احل اللّه البيع) فللمتولى ان يبيعه و ان لم يكن مالكا للمبيع لعدم قيام دليل يدل على اشتراط كون المبيع ملكا للبائع فى صحه البيع، بل الدليل قائم على خلافه اذ تصرف الولى و الوكيل جائز و بيع الاولياء و الوكلاء جوازه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٣٩

كالنار على المنار، و الحال انهم ليسوا مالكين للمبيع.

لا يقال: ان قوله: (لا تبع ما ليس لك عندك) يدل على ان البائع لا بد ان يكون مالكا للمبيع و الا لا يكون بيعه صحيحا.

لأنا نقول: غايه ما يسـتفاد من هـذه الروايه بمعونه ساير الروايات ان امر المبيع لا بد ان يكون بيد البائع بان لا يكون بيعه فضوليا و امـا اشتراط كون البـائع مالكا للمبيع فلا يسـتفاد منه، مضافا بانه سـلمنا هـذا المعنى لكن كما مر آنفا انه لا شـبهه فى بطلان هـذه الكليه نعم لو لم يكن الشخص مالكا و لا وكيلا و لا وليا لا يجوز بيعه.

قوله: نعم يمكن ان يقال: «١»

اقول: ان هذا استدراك عما ذهب

اليه من عدم جواز بيع الوقف لمنافاته مع حق ساير البطون، و استثنى صوره واحده، و هى ما اذا كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعداده الى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم بل يجوز بيعه و صرف ثمنه للبطن الموجود.

و اورد عليه بان ملك الموجودين لم يكن بطلق كى يجوز بيعه لتعلق حق البطون اللاحقه به فاذا لا يجوز بيعه لاشتراط الطلقيه فى المبيع.

و (فيه) انا لا نسلم عدم كون المبيع طلقا فى المقام لعدم الملك للمعدومين لا فعلا و لا شأنا، لان مالكيتهم للعين الموقوفه مبتنيه على بقاء العين، و المفروض عدم بقائه الى زمانهم.

و الحق فى الجواب أن يقال: ان حقيقه الوقف عباره عن تحبيس الاصل و تسبيل الثمره، فان تسبيل الثمره موسع لدائره الحبس (توضيحه) ان غرض الواقف و لو بحسب الارتكاز. ليس الانتفاع بشخص المال بل غرضه حفظه و لو بالتبديل الى ما يماثله فى الماليه فان التبديل من أنحاء حفظ المال عند العقلاء، و هذا الغرض

---

(۱)- المكاسب، ص ۱۶۸ السطر (۱۲)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۴۰

يكون ممضى عند الشارع لقوله: (الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها) فعليه لا مجال لجواز بيعه، و اختصاص ثمنه بالبطن الموجود و ان كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعداده العادى الى آخر البطون، و لا يتوهم أحد أنا قدعى بأن الغرض له مدخليه فى الامر كى يقال: بأنه لا اعتبار بالاغراض بل ندعى كما تقدم انه ينشئ بهذا النحو و لو بالارتكاز.

[وقع الكلام فى أن الثمن على تقدير جواز بيع الوقف هل يختص بالبطن الموجود أم يعم المعدومين؟]

قوله: و مما ذكرنا يظهر أن الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود ...) «۱»

أقول: وقع البحث فى أن الثمن على تقدير جواز بيع

الوقف هل يختص بالبطن الموجود أم يعم المعدومين؟ قال الشيخ: ان الثمن لا يخص به البطن الموجود فان المبيع اذا كان ملكا للموجودين بالفعل، و للمعدومين بالقوه، كان الثمن كذلك، و افاد الشهيد بان الثمن يصير مملوكا على حد الملك الاول، اذ يستحيل أن يملك لا على حده.

(توضيحه) ان الثمن لا بد أن يدخل فى محل خرج منه المبيع فلو جاز أن تخرج العين الموقوفه الى ملك الغير بعوض لا يدخل فى ملك الموجودين بذلك النحو الذى كان المعوض لهم جاز أن تخرج بعوض لا يدخل فى ملك الموجودين، و الحال أن التالى باطل فكذا المقدم.

و ربما يجاب عن الشهيد بانا لا نسلم مالكيه لبطون اللاحقه للثمن لأنهم معدومون فى الحال و ملكيه المعدوم أمر غير معقول.

و الجواب عنه (اولا) ينتقض هذا بالعين الموقوفه، بانها باى نحو يكون المعدومون مالكا لها، و الجواب هو الجواب.

و (ثانيا) حلا- بأن نسأل ما المراد من ان مالكيه المعدوم غير معقول، فان كان المراد انهم لا يعقل أن يكونوا مالكين لشى ء فى عرض البطون الموجوده، فهو

---

(۱)- المكاسب ص ۱۶۸ السطر (۱۴)

صحيح، الا- انه أمر خارج عن محل البحث و ان كان المراد غير معقوليتها، و لو فى طول مالكيه الموجودين فلا وجه له، لان الملكيه أمر اعتبارى تابع لاعتبار المعتبر و له أن يعتبر ملكيه المعدومين اذا رتب عليه اثر، و بعباره أخرى أن الملكيه خفيفه المئونه قابله لان يكون معتبره للمعدومين أيضا من دون أن يكون فى ذلك محذور أصلا.

و (ثالثا) أن ملكيه المعدومين انما هى الملكيه الشأنيه و هى لا تزاحم الملكيه الفعليه، و ان تحققت فى عرضها.

و (بعباره واضحه) انا

نقول: ان المعدومين ثبتت لهم الملكيه الشأنيه، فی- عرض ثبوت الملكيه الفعليه للبطن الموجود، و هذا أمر معقول، و لا تزاحم بينهما أصلا، و هذا مبنی علی التنزل، و الا فمقتضی التحقيق كون المعدوم مالكا بالفعل غايه الامر بنحو الطوليه، و سيجی ء زياده توضيح للمدعی.

و لكن المحقق نزل المقام منزله ديه العبد الموقوف المقتول بان الديه يكون للبطن الموجود، فان تعلق حق البطون اللاحقه بعين العبد لا يستلزم تعلقه بالثمن أيضا، و كذلک المقام فان الوقف ملک للبطن الموجود غايه الامر تعلق حق البطون اللاحقه بالعين فاذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن الی من هو مالک له فعلا، و لا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع تعلقه بالثمن.

و ان شئت فعبر بأن بدليه الثمن للعين الموقوفه لا يثبت بدليل لفظی حتی يتمسک بعمومه أو اطلاقه لإثبات ترتب جميع اللوازم الثابته للمبدل علی البدل أيضا، و مجرد البدليه لا يوجب ترتب جميع اللوازم كما هو واضح.

و (فيه) انه لا وجه لتنزيل ثمن العين الموقوفه منزله ديه العبد الموقوف للفرق الواضح بين المقامين، فان ديه العبد يتحقق بحكم الشارع بعد تلف العبد فاذا قتل العبد خطأ يحكم الشارع بوجوب الديه علی القاتل، و لا محذور فی أن يحكم باختصاص الديه بالموجودين عقلا هناک، و هذا بخلاف المقام اذ بمجرد خروج الوقف

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۲۴۲

عن ملک الموقوف عليهم علی وجه المعاوضه المعامليه يدخل الثمن فی ملكهم فلا- يعقل اختصاص الثمن بالموجودين مع خروج الملک عن ملكهم و ملک المعدومين، و المقصود من عدم المعقوليه ان المبادله بطبعها يقتضی هذا المعنی، نعم يمكن التبديل بنحو آخر بالعنايه الخاصه كما لو اشتری بدرهم زيد شيئا لنفسه.

و ثانيا

انا لا نسلم كون الديه للبطن الموجود مطلقا بل نقول: ان جعل الديه ان كان حكما تعبديا فلهذا الكلام مجال بان يقال ان الديه تكون للبطن الموجود.

و ان كان بدلا عن المقتول كما هو الظاهر فلا وجه للقول باختصاصه للبطن الموجود فيكون المعدومون أيضا مشتركين معهم بملاك اشتراكهم فى المبدل، و الحاصل انه لا وجه لاختصاص الثمن بالبطن الموجود كيف و الحال انهم حكموا بأن بدل الرهن يكون رهنا، و المقام أولى بالحكم منه، لان حق الرهنيه متعلق بالعين من حيث انه ملك لمالكه، فاذا ارتفع هذه الملكيه ببيع العين فلك أن تقول:

ان حق الرهنيه ارتفع بارتفاع العين المرهونه و لا وجه لكون بدله أيضا مرهونا و الحال أنهم حكموا بكونه رهنا و أما فى المقام فان المعدومين يكونون مالكين للعين الموقوفه على نهج مالكيه الموجودين لها غايه الامر ان الموجودين يملكونها بالملكيه الفعليه، و المعدومين بالملكيه الشأنيه.

فاذا كان الحكم فى العين المرهونه بتعلق حق الرهنيه على بدلها أيضا يكون الحكم فى المقام بتعلق حق المعدومين ببدل العين الموقوفه بطريق أولى.

قوله: (و من هنا يظهر عدم الحاجه الى صيغه الوقف فى البدل ...) «۱»

أقول: ان بدل العين الموقوفه اما يدخل فى ملك الموقوف عليهم مطلقا أعم من الموجود و المعدوم فعلا كما كان المبدل كذلك أو يدخل فى ملك الموجودين فقط، أو يدخل فى ملك الواقف أو يكون كإحدى المباحات الاصليه.

---

(۱)- المكاسب، ص ۱۶۸ السطر (۳۰)

فان كان داخلا فى ملك الموقوف عليهم سواء كان الموجودين منهم أو أعم منهم و من المعدومين على نحو دخول المبدل فى ملكهم، فلا احتياج الى إنشاء الوقف بعد دخوله فى ملكهم باقتضاء

قانون البدليه بل الالتزام بلزومه التزام بلزوم تحصيل الحاصل، و ان كان داخلا في ملك الموجودين فقط على نحو الملكيه الطلقيه فلا مجال حينئذ للبحث بأن البدل يحتاج الى إنشاء الوقف أم لا لان البدل ملك طلق لهم على الفرض فيجوز أن يتصرفوا فيها كيف يشاءون، و الالتزام بلزوم الصيغه في هذه الصوره كالالتزام في لزومها في جواز تصرف الانسان في ماله الشخصي.

و ان كان داخلا في ملك الواقف فلا يكون وقفا لكونه خارجا عن موضوع الوقف كي يبحث عن احتياجه الى إنشاء الوقف و عدمه.

و ان كان داخلا في المباحات فالامر فيه أوضح من سابقيه لعدم مالك له، و لا يكون وقفا حتى يحتاج الى الانشاء، بل يجوز لكل شخص أن يتصرف فيها كما بيناه في البحث عن المباحات الاصليه و يترتب عليه احكامه فتلخص مما ذكرنا ان البدل لا يحتاج الى إنشاء صيغه الوقف في جميع التقادير المذكوره.

و لا يخفى عليك انا قد ذكرنا سابقا ان العين الموقوفه تخرج عن ملك الواقف بانشاء صيغه الوقف و تدخل في ملك الموقوف عليهم، و كذلك نقول: في بدلها فانه أيضا يدخل في ملك الموقوف عليهم لا على نحو الملكيه الطلقيه، بل على نحو الملكيه الموقته ما دام انهم موجودين كما قلنا ذلك في المبدل.

لا يقال: ان لم تكن البطون الموجوده مالكين للعين بالملكيه الطلقيه فكيف يبيعون العين الموقوفه مع عدم كونهم مالكين لها على الاطلاق.

لأنا نقول: لا يشترط في البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع الى الابد بل يصدق البيع على ما اذا باعه في المده التي يكون مالكا له كما أن يبيعه مثلا بمده عشر سنواه فاذا صدق عليه البيع العرفي تشمله ادله البيع.

من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۲۴۴

و لو تنزلنا و قلنا: بان البيع تمليک العين بالملکيه الدائميه لکن مع ذلک نقول:

بصحه البيع اذا لموقوف عليه يملک العين على الدوام، و لا يحتاج البيع الى أن يکون البائع مالکا للعين الى الابد، و العمده ملاحظه القواعد المقرره.

(لا يقال) ان الملکيه امر بسيط و هو لا يکون قابلا للتجزيه کی يصح أن يقال:

انه باع مده معينه فاما أن يباع الى الابد أو لا يباع أصلا و التجزيه غير معقول.

و فيه (اولا) انه ينتقض بالاجاره فان الدار مثلا يمکن أن يوجر فی أن واحد من أفراد عديده بأن يکون کل واحد منهم مالکا للمنفعه فی وقته، کما اذا آجر الدار مثلا من عمرو و فی مده شهر آخر من زيد و هکذا، و کان وقوع الاجاره بيوم واحد، هل يمکن لأحد أن ينکر صحه هذه الاجاره بتوهم ان ملکيه المنفعه أمر بسيط لا بد اما أن يوجر الى الابد، اولا يوجر اصلا.

و (ثانيا) ان البساطه و الترکيب يکونان فی الامور الواقعيه فان الشی ء البسيط فيها لا يکون قابلا للتجزيه، و اما الملکيه فليست منها بل هی من الامور الاعتباريه، فللمعتبر أن يعتبر الملکيه عشر سنوات مثلا لزيد و عشر سنوات لعمرو و هکذا، و لا محذور فيه ثبوتا و نلتزم به لو ساعدنا الدليل.

و (ثالثا) نفرض ان الملکيه أمر بسيط و ليست قابله للتجزيه الا أنها قابله للتعدد بلحاظ الاعتبار، فان للواقف أن ينشئ الوقت بأن يکون للبطن الاول ما دام موجودا و للبطن الثانی کذا.

ان قلت: انا لا نسلم جواز بيع العين الموقوفه، لان البائع اما أن يبيعها على نحو الاطلاق، و المفروض انه ليس مالکا مطلقا لها

لتعلق البطون اللاحقه و اما أن يبيعها بنحو التقييد فيلزم منه أن تعود العين الى ملك البطن اللاحق بعد موت البائع.

قلت: ان البائع للعين الموقوفه اما أن يكون متوليا للوقف فله أن يبيعها على الاطلاق لأنه كما يكون متوليا للوقف بالنسبه الى الموجودين كذلك متوليا بالنسبه

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۲۴۵

الى المعدومين أيضا و لا مجال لتوهم ان ليس له بيع ذلك لعدم كونه مالكا لأنا بينا سابقا عدم اشتراط كون المبيع ملكا لبايعه بل يكفى فيه أن يكون أمره بيده فان العين الموقوفه يكون أمرها بيد المتولى فله أن يبيعها هذا اذا كان البائع متوليا للوقف.

و اما اذا كان البائع هو البطن الموجود فبأدله جواز بيع الوقف فى المقام يعلم أن له الولايه على البطون اللاحقه، فيكون بيعه صحيحا، و لا يرد عليه الايراد المذكور.

[هل جائز بيع الوقف و إبداله بعين أخرى بحسب المصلحه أم لا]

اشاره

قوله: (ثم ان هذا العين حيث صارت ملكا للبطون فلهم أو لوليهم أن ينظر فيه و يتصرف فيه بحسب مصلحه جميع البطون و لو بالابدال بعين أخرى أصلح لهم بل قد يجب اذا كان تركه يعد تضييعا للحقوق و ليس مثل الاصل ممنوعا عن بيعه الا لعذر ... «۱»

و افاد السيد الاستاذ فى توجيه كلام الشيخ ان نظر الواقف انما يكون حفظ ماليه العين فاذا كان بقاء العين موجبا لتضييع الماليه فلهم تبديلها بعين أخرى حفظا لبقاء الماليه،

و افاد السيد اليزدى ان الوقف اذا بيع او اتلفه متلف فعوضه وقف لكن هل حكمه حكم مبدله فى عدم جواز تبديله اولا نقول ان بيع بما لا يصح وقفه كالنقدين او بغير المماثل و قلنا بوجوب شراء المماثل جاز تبديله بالمماثل و اما ان بيع بالمماثل او بغيره و لم

يشترط المماثل ففى جواز تبديله و عدمه و جهان من ان مقتضى البدليه جريان حكم مبدله و من امكان دعوى اختصاص عدم جواز التبديل بالوقف الابتدائى كما اختاره المحقق الانصارى الى أن قال و الاحوط اعتبار المماثل كما ان الاحوط عدم التبديل لقاعده البدليه.

أقول: لنا أن نبحث فى مقامين،

اشاره

الاول عن وجود المقتضى لجواز بيع بدل الوقف، و الثانى عن وجود المانع،

اما المقام الاول [عن وجود المقتضى لجواز بيع بدل الوقف]

فالظاهر ان المقتضى لجواز

---

(۱)- المكاسب ص ۱۶۸ السطر (۳۲)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۴۶

البيع موجود كما يظهر بالتأمّل غايه الامر يلزم أن يكون المتصدى للبيع المتولى ان كان و الحاكم ان لم يكن.

و اما المقام الثانى [عن وجود المانع]

فالمانع المذكور للجواز أمران.

(الاول) إنشاء الواقف.

(الثانى) قوله لا يجوز شراء الواقف).. «۱» فنقول اما المانع الاول فتقريبه ان الواقف جعل بانشائه العين الموقوفه مقطوع الرجلين عن الانتقال مطلقا و أمضاه الشارع بقوله الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها «۲».

و توضيح المرام يحتاج الى بسط الكلام فنقول ان الواقف اما جعل الوقف مقطوع الرجلين فى جميع مراتبه حتى فى مرتبه تبدله بعين اخرى و اما أوقف العين الموقوفه عن الحركه الخاصه بأن يتصرف فيه كبقيه الاموال، و أما بالنسبه الى بدله فلم ينشئ هذا المعنى.

و بعباره اخرى ان ايقافه لا- يشمل تبديله بعين اخرى تكون وقفا أيضا، فاذا علمنا فى مقام الاثبات أن غرض الواقف يكون هو القسم الاول بمعنى انه أوقف العين عن التحرك فى جميع مراتبه و فى جميع سلاسل متلاحقه و أمضاه الشارع أيضا كذلك بقوله: (الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها) فلا بد أن نلتزم بعدم جواز بيع الوقف و لو بتبديلها بعين أخرى الابطر و المجوز له، و هو خارج عن محل الكلام و على هذا فلا وجه لكلام الشيخ حيث قال: فاللازم ملاحظه مصلحه الموقوف عليهم لما عرفت مما ذكرنا عدم جواز بيعه و ان كان خلاف مصلحتهم و لعل السيد اليزدى اشار الى ما ذكرنا بقوله: محل تأمل.

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۳) الباب (۶) من أبواب احكام الوقوف، الحديث (۱)

(۲)- الوسائل، الجزء (۱۳) الباب (۲) من أبواب احكام الوقوف (الحديث) (۱ و ۲)

و کذا لا وجه لما ذهب الیه السید الاستاذ بأن العین لا مدخلیه لها بل الغرض حفظ المالیه فیجوز تبدیلها بعین اخری حفظا لها لأنک علمت ان الواقف أوقف العین بجمیع مراتبها عن التحرک فلا یجوز بیعها.

و اما اذا علمنا بان مراده کان ایقاف العین الاولی فقط و حفظ مالیتها بأن لا یکون مانع من التبدیل و یکون غرضه حفظ الوقف فی السلسله المتلاحقه، فلا بأس ببیعها بان تبدل بعین أخری، هذا اذا کان غرض الواقف معلوما.

و اما اذا لم یکشف لنا غرض الواقف فی مقام الاثبات و الدلاله بانه هل قصد القسم الاول أو الثانی فتصل النوبه الی مقام الثبوت و حیث ان التقابل بین الاطلاق و التقیید تقابل الضدین ثبوتا و ان کان من تقابل الملکه و عدمها اثباتا لأنه کما ان التقیید یحتاج الی لحاظ کونه ضیقا فکذلک الاطلاق یحتاج الی لحاظ کونه عاریا عن القیود فانه عباره عن رفض القیود. و نحن نشک بأن الواقف هل انشأ صیغه الوقف بقصد وقف العین علی النحو الاول او علی النحو الثانی.

و حیث ان اصاله عدم تقیید معارضه باصاله عدم الاطلاق فلا یثبت باصاله عدم التقیید الاطلاق الاعلی النحو المثبت هذا تمام الکلام فی المانع الاول.

و اما المانع الثانی، فهو قوله: (لا یجوز شراء الوقف)، و لا تدخل الغله فی ملکک «۱» بتقریب ان الروایه باطلاقها تدل علی عدم جواز بیع الوقف عینا کانت أو بدلها.

و ربما یقال: بانصراف الروایه عن البدل فانها تدل علی عدم جواز بیع الوقف الابتدائی الذی وقع إنشاء الواقف علیه، و أما بدل العین الموقوفه فلا تشمل الروایه له فلا مانع من بیعه فیحکم علی صحته بالعمومات

الداله على صحه البيع كقوله:

(أحل اللّه البيع و تجاره عن تراض).

---

(١)- الوسائل، الجزء (١٣) الباب (۶) من ابواب أحكام الوقوف الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢۴٨

و يرد عليه ان الواقف أو المتولى يجوز له البيع اذا لم تكن العين الموقوفه فى نظر الواقف مقطوعه عن التحرک فى جميع مراتبها و الا فلا يجوز، و بعباره اخرى الشک فى موضوع دليل الحل و الحكم لا يتعرض لوجود موضوعه و اصاله عدم تضييق الواقف معارضه باصاله عدم توسعته فتكون النتيجه عدم جواز بيعه وضعا.

قال الشيخ: قال العلامه فى محكى تذكرته كل مورد جوزنا بيع الوقف فانه يباع و يصرف الثمن الى جهه الوقف فان أمكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به كان أولى و الإجازه شراء كل ما يصح وقفه و إلا صرف الثمن الى الموقوف عليه ثم بعد ذكر عباره العلامه بتمامها قال: و لا يخفى عليک مواقع الرد و القبول فى كلامه «١».

أقول: أما موقع قبول الشيخ فهو جواز بيع اصل العين و تبديلها بعين اخرى، و اما موقع الرد فهو وجوب مراعاه المماثله فان الشيخ يجوز اشتراء كل ما يصح وقفه ماثل الاصل أو خالف و كذا موقع الرد صرف الثمن للموقوف عليهم مع تعذر شراء عين اخرى مكانه فان الشيخ يرى وجوب حفظ الثمن حتى يتمكن من شراء ما يصح وقفه.

[إن المتولى للبيع هل هو البطن الموجود بالاستقلال أو يشترط ضميمه الحاكم إليه]

قال الشيخ: ثم ان المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمه الحاكم القيم «٢»

أقول: حاصل ما يستفاد من كلامه ان المتولى للبيع هل هو البطن الموجود بالاستقلال أو يشترط ضميمه الحاكم اليه، تردد الشيخ فى اشتراط ضميمه الحاكم القيم، و احتمل ان القيم منصوب للنظاره بالنسبه الى اصل العين و

اما البدل فان وظيفته المجعوله منصرفه عنه، و احتمل أن يكون ناظرا بالنسبه الى البدل أيضا كما كان ناظرا فى أصل الوقف لتعلق حقه بالعين الموقوفه فيتعلق ببدلها و اختار الاول من الاحتمالين.

و فيه انه لا وجه لادعاء الانصراف عن البدل فكما أنه يكون ناظرا الى أصل

---

(١)- المكاسب ص ١۶٩ السطر (۶)

(٢)- المكاسب ص ١۶٩ السطر (١٢)

العين كذلك يكون ناظرا الى البدل أيضا.

و التحقيق أن يقال: ان العين الموقوفه اما أن يجعل الواقف متوليا لها أم لا- و على الاول فكما انه متولى للعين كذلك متولى للبدل أيضا لأنه مقتضى اطلاق التوليه و أما على الثانى و هى صوره عدم جعل القيم للعين الموقوفه فيكون المتصدى نفس الموقوف عليهم أو الحاكم بلا فرق فى ذلك بين أصل العين و بدلها.

و أفاد السيد الاستاذ فى بيان جواز بيع البطن الموجود بلا احتياج الى ضم الحاكم انه لو فرض عدم المتولى للوقف ان المالك للعين هو البطن الموجود، و أما البطن المعدوم فليس مالكا فلا مجال لان يقال: ان البطن الموجود بالنسبه الى حقه يتصدى للبيع و الحاكم بالنسبه الى حق البطن المعدوم يشترط نظره.

و فيه (اولا-) انا بينا انهم ما لكون للعين الموقوفه فى طول مالكيه البطون الموجوده الا- ان مالكيه الموجودين تكون بالملكيه الفعليه فى رتبه متقدمه، و مالكيه المعدومين تكون بالملكيه الشأنيه.

و (ثانيا) سلمنا أنهم لا- يكونون مالكين بالفعل الا ان الاستاذ اشترط فى صحه المعاوضه ان يكون المبيع مملوكا طلقا، و عليه نسأل بانه ان كان البطن الموجود يبيع الوقف على اطلاقه فلا حق له بهذا النحو لتعلق حق البطون اللاحقه به أيضا، و ان كان يبيع

بالملکیه المقیده فمثل هذا البیع لا یکون معهودا فی العرف حتی تشمله الادله الداله علی صحه البیع، اللهم الا أن یقال: عدم اعتبار کونه معهودا عند العرف بعد صدق البیع له فتشمله الادله.

[فی صوره التی لا یمکن شراء البدل هل یوضع الثمن عند الأمین]

اشاره

(مسأله) اذا لا یمکن شراء البدل فیما اذا بیع العین الموقوفه و لم یکن الثمن مما ینتفع به مع بقاء عینه کالنقدین هل یوضع الثمن عند الامین حتی یتمکن من شراء ما ینتفع به کما قال به الشیخ أو اذا طالب البطون هل یجب رده الیهم و جهان.

قال الاستاذ: اذا طالب البطون الموجوده وجب تسلیمه الیهم لوجوب تسلیم

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۲۵۰

الملک الی مالکه خلافا للعلامه و لتوجیه هذه المقاله یمکن أن یقال: اذا فرض ان ثمن العین الموقوفه لا ینتفع به أصلا کما هو المفروض سقط عن کونه وقفا لان الوقف کما بینا سابقا عباره عن تحبیس الاصل و تسبیل الثمره، و المفروض فی المقام عدم وجود الثمره فی الثمن فیبطل الوقف بارتفاع موضوعه فعلیه فلا وجه لقول الشیخ حیث قال: لا یجوز دفعه الی البطن الموجود لکونه مشترکا بین جمیع البطون فبعد بطلان الوقف بانتفاء موضوعه لا حق للبطون اللاحقه حتی یکون مانعا عن جواز دفعه الی الموجودین، و ان کان الموجودون أیضا لا حق لهم فی الثمن بعد بطلان الوقف کما لا یخفی.

و لذا قال الاستاذ ان الثمن لا یکون وقفا بل طریق لتبدیل العین الموقوفه بعین أخری، و لعل نظره ان الثمن اذا لم یمکن الانتفاع به سقط عن کونه وقفا.

هذا غایه ما یمکن أن یوجه به هذا المدعی و لکنه فیه اشکال فانه لا وجه للبطلان و معنی تسبیل الثمره فی الوقف ان الثمره لیست

كالأصل محبوسه بل مرسله العنان فلا يترتب عليه بطلان الوقف.

مضافا بأن الثمن قابل لان ينتفع به و الانتفاع به أن يشترى شيئا قابلا لان يكون وقفا فى أو انه فانقدح بما ذكرنا ان الحق ما افاده الشيخ بانه يلزم أن يوضع عند امين كى يشترى به شيئا لان الواقف و لو بالارتكاز لا يرضى بتضييع الماليه فى العين الموقوفه فاذا لا يمكن حفظه الا بالتبديل بالنقدين فلا بأس بتبديلها بالثمن.

قال الشيخ (قدس سره) و لا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشترى به من غير خيار بل اذا أمكن شراء ما ينتفع به و لو مع الخيار الى مده لجاز ذلك.

«۱» و يمكن ان يورد عليه بأن شراء الشى ء مع الخيار لا يمكن ان يجعل وقفا لأنه من الممكن ان يعمل حق الخيار فيأخذ العين و يلزم منه ان يكون الوقف موقتا بالمده

---

(۱)- المكاسب ص ۱۶۹ السطر (۱۶)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۵۱

التى لم يعمل ذو الخيار خياره و معناه ان يكون وقفا موقتا.

اقول: ان الخيار اما يكون للبائع او للمشترى فعلى كلا التقديرين لا يتوجه الاشكال اذ لو كان الخيار منافيا و فرضنا كونه من ناحيه المشترى و المتولى للوقف فيلزم ان لا يجعل الخيار لفرض منافاته للوقف و اما فى صوره ان البائع لا يبيع إلا مع الخيار فايضا لا محذور اذ غايه ما قيل فى وجه الاشكال انه من الوقف المنقطع و بطلانه على نحو الاطلاق اول الكلام.

و (ثانيا) لو سلم ان الخيار يوجب بطلان الوقف بالنسبه الى العين الموقوفه لكن بالنسبه الى بدله لا دليل عليه، و بعباره اخرى لا اطلاق فى دليل المنع كى يشمل البدل أيضا.

و ثالثا انه يمكن

ان يقال: بانه حبس و الحبس امر جائز شرعا فهو محبوس ما لم يعمل الخيار.

فرعان

(الاول) انه لو اتجر بثمن العين الموقوفه فان الربح هل يملكه الموجودون فقط او يشتركهم المعدومون أيضا

فيه وجهان. الحق ان يقال: انه لا يختص بالبطون الموجوده بل للمعدومين أيضا فيه حق لكون الربح تابعا للأصل، فكما ان الاصل لا يختص به البطن الموجود فكذلك فرعه هذا اذا خرب العين الموقوفه بكلها.

(الثانى) انه لو عرض الخراب للوقف بالنسبه الى بعض اجزائه فيباع البعض المخروب

فهل يصرف ثمنه لعماره الباقى، او يصرف فى وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، او يشترى به المماثل و جهان، و المتيقن عدم جواز صرفه فى وقف آخر

لهم خصوصا اذا كان واقفه شخصا آخر، و الوجه فيه ما بينا من انه لا بد ان يبدل بالمماثل لا بغيره، فلا بد من التبديل بالمماثل هذا تمام الكلام فى الصوره الاولى.

(قوله قدس سره) الصوره الثانيه أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به بحيث يصدق عرفا انه لا منفعه فيه كدار انهدمت فصارت عرصه توجر للانتفاع باجره لا تكون معتدا بها «۱»

أقول: الظاهر انه لا وجه لذكر هذه الصوره وجها مستقلا و صوره اخرى، لان المنفعه ان بلغت فى قلته حدا يعد معدوما فى نظر العرف فهذه الصوره تدخل فى الصوره الاولى، و ان لم تبلغ بهذه المرتبه فى القله، و لا يعد معدوما فى نظر العرف فتدخل فى الصوره الثالثه، و على اى حال لا وجه لذكر هذه الصوره صوره مستقله.

و كيف كان فعلى فرض سقوط الوقف عن الانتفاع المعتد به هل يجوز بيعه أم لا فتارتا يبحث عن وجود المقتضى، و اخرى عن وجود المانع اما الكلام من حيث المقتضى فالظاهر جواز بيعه كما مر فى الصوره الاولى و اما الكلام من حيث المانع فوجوه.

(الاول) ان الاجماع قائم على عدم جواز بيع الوقف.

و فيه اولا ان مع وجود هذه الاختلاف البين كيف يمكن

ادعاء تحقق الاجماع.

و (ثانيا) على تقدير تحققه لا يكون حجه لكونه معلوم المدرك و لا أقلّ من- احتماله بان يكون الوجوه الآتيه المذكوره للمانعيه مدرك الاجماع فلا يكون اجماعا تعبديا.

(الثانى) قوله: (لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملك) و (ربما يتوهم) ان الروايه بقرينه قوله: لا تدخل الغله فى ملك، تكون فيما اذا كان للوقف

---

(۱)- المكاسب ص ۱۶۹ السطر (۲۳)

منفعه و غله معتده بها فعليه تكون الروايه أجنبيه عن المقام.

و فيه ان الجمله الثانيه جمله مستقله لا ربط لها بالجمله الاولى و لا تصلح أن تكون قرينه لها كى تقيد اطلاقها فلا مانع من شمول اطلاقها للمقام أيضا.

لا يقال: ان قوله: لا يجوز شراء الوقف منصرف عن المقام لأنه ناظر الى ما تكون للوقف منفعه معتده بها.

لأنا نقول. لا وجه لهذا الانصراف لان منشأه ان كان قله وجوده بالنسبه الى الوقف الذى له منفعه معتده بها فيرد عليه (اولا) انا لا نسلم قله وجوده بل هو أيضا كثير فى حد نفسه.

و (ثانيا) لا يكون قله الوجود منشأ للانصراف.

ان قلت ان مقتضى الاصل عدم الاطلاق فى متعلق إنشاء الواقف فلا تكون العين بعد قله المنفعه وقفا، قلت يعارض هذا الاصل اصاله عدم التضييق، مضافا بانه مثبت.

ان قلت مقتضى الاستصحاب عدم جواز بيعها و فيه و ان كان المراد منه استصحاب الحرمه السابقه فان كان المراد منه الحرمه التكليفيه فيعارضه استصحاب عدم جعل الزائد.

و ان كان المراد الحرمه الوضعيه يكون من الاستصحاب التعليقى نعم مقتضى اصاله عدم الانتقال الى الغير فساد البيع.

و الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان حقيقه الوقف كما بينا سابقا عباره عن تحبيس الاصل، و

تسبيل الثمره، فاذا سقط الوقف عن الانتفاع المعتد به بحيث يسقط عن الانتفاع عند العرف لا يكون له ثمره كى يصدق عليها عنوان التسبيل و عليه فيكون بيعه جائزا هذا كله اذا سقط الوقف عن الانتفاع عرفا و اما اذا لم يبلغ بهذه المرتبه، بل كان

له ثمره عند العرف الا انها لا تكون ثمره معتده بها فلا وجه لجواز بيعه، و غايه الامر يشكك فى جوازه، و المرجع هو اصاله عدم الجواز.

[كلام صاحب الجواهر فى أن جواز بيع الوقف لا يكون إلا مع بطلان الوقف و رد الشيخ عليه]

قوله: (ثم انک قد عرفت فيما سبق ذكر بعض ان جواز بيع الوقف لا يكون الا مع بطلان الوقف. «۱»

اقول: ان المراد من البعض هو صاحب الجواهر (قدس سره) و قد عرفت النزاع الذى كان بينه و بين الشيخ حيث قال صاحب الجواهر انه بطرو مجوز البيع يكون الوقف باطلا، و انكره الشيخ فانه ذهب الى بطلان الوقف بوقوع البيع، و اما مجرد طرو المجوز فلا يكون موجبا لبطلانه كما بينا تفصيله سابقا.

قوله: ثم وجه (صاحب الجواهر) بطلان الوقف فى الصوره الاولى «۲» (اعنى صوره خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به).

أقول: حاصل كلامه فى وجه بطلان الوقف هو ان حقيقه الوقف تقوم بامرين احدهما حبس الاصل و الاخر تسبيل الثمره و من المعلوم ان مفهوم التسبيل لا يكون من غير ثمره فلا يعقل تحقق حقيقه الوقف الا عند الثمره للعين الموقوفه من غير فرق فى ذلك بين ابتداء الوقف و استدامته، فبانتفاء الثمره ينتفى الوقف لان المركب كما ينتفى بانتفاء جميع اجزائه كذلك ينتفى بانتفاء بعض اجزائه و اورد عليه الشيخ بوجوه.

(الاول) انه لا وجه لبطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا فى الوقف المؤبد.

(الثانى) انه لا دليل

على بطلانه بعد انعقاده صحيحا.

الثالث ان كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها و ان كان شرطا فى الوقف ابتداء الا انه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور فيه استدامه فان الشرط فى العقود

---

(١)- المكاسب ص ١٧٠ السطر (٣)

(٢)- المكاسب ص ١٧۴، السطر (٣)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢۵۵

الناقله يكفى وجودها حين النقل فانه قد يخرج المبيع عن الماليه، و لا يخرج بذلك عن ملك المشترى بالاتفاق.

(الرابع) ان جواز بيع الوقف لا يوجب الحكم بالبطلان بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم الى الجواز.

و يرد فيما افاده (اولا) ان قوله (لا وجه لبطلان الوقف لا يمكن المساعده عليه بل الوجه فيه ظاهر على مبنى صاحب الجواهر لأنه يدعى ان تسبيل الثمره داخل فى حقيقه الوقف و يكون من مقوماته، فمع انتفاء الثمره ينتفى حقيقه الوقف لان الشى ء ينتفى بانتفائه مقومه.

و فيما افاده (ثانيا) ان قوله: لا دليل عليه بعد قوله: لا وجه عليه لا يكون اشكالا مستقلا و ذكره وجها مستقلا لا يعرف وجهه فانه ان كان على البطلان دليل كان هو الوجه كما انه ان لم يكن له وجه لا يعقل ان يكون دليل عليه.

و فيما افاده ثالثا ان قياس المقام بالبيع (حيث قال: قد يخرج المبيع عن الماليه، و لا يخرج بذلك عن ملك المشترى) قياس مع الفارق، لأنه على فرض اشتراط الماليه فى المبيع تكون شرطا للبيع بمعنى المصدرى، و اما البيع بمعنى اسم المصدر فانه لا يعتبر فيه الماليه اى يعتبر الماليه فى المبيع عند حدوث البيع من البائع، و اما بقاء الماليه فى المبيع ما دام المبيع باقيا فلا دليل عليه بخلاف المقام فان كون الشى ء وقفا يلازم كونه

ذا ثمره و منفعه.

و فيما افاده رابعا ان قوله: (ان جواز بيع الوقف لا يوجب بطلانه) مردود بانه اذا فرض أن تسبيل الثمره مقوم للوقف كما هو مدعى صاحب الجواهر فانتفاء المقوم يقتضى انتفاء الوقف فلا يدفع اشكال صاحب الجواهر بما ذكره الشيخ.

و الحق فى الجواب ان يقال ان الوقف كما ذكرنا سابقا تحبيس العين و تسبيل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۵۶

الثمره ما دامت الثمره موجوده فكما ان الوقف لا يبطل بانعدام العنوان كذلك لا وجه لبطلانه بنفاد الثمره بل لا بد من تبديله بغيره.

قوله: (ثم ذكر انه قد يقال: بالبطلان أيضا ...) «۱»

أقول: حاصل ما ذكره صاحب الجواهر انه قد يلاحظ الواقف وقوع صيغه الوقف على عنوان الشى ء كما اذا قال وقفت بستانا مثلا ملاحظا فى وقفه عنوان البستانيه، و اخرى لم يلاحظ عنوانا للوقف بل كان المراد هو الانتفاع به فى كل وقت على حسب ما يقبله، اما الصوره الاولى فيبطل الوقف بانعدام عنوان البستانيه فانه و ان لم تبطل منفعتها أصلا لإمكان الانتفاع بها دارا مثلا لكن ليس عنوان الوقف محفوظا.

ثم أورد على نفسه بانه يمكن أن يقال: ببقاء العرصه على الوقفيه باعتبار أنها جزء من الوقف و هى باقيه، فعليه لا يكون الوقف باطلا بانتفاء عنوان البستانيه مثلا.

و اجاب عنه بأن العرصه ليست جزء للبستان الموقوف مطلقا بل كانت جزء من الموقوف من حيث كونه بستانا فاذا انتفى عنوان البستانيه لا يبقى موضوع للوقف، ثم أيد المقام بما ذكروا فى باب الوصيه، من انه لو أوصى بدار و اندمت قبل موت الوصى بطلت الوصيه، و وجه التأييد أنّ الوقف المتعلق بالعنوان كالوصيه المتعلقه بالعنوان فكما ان زوال العنوان يبطل

الوصيه كذلك يبطل الوقف.

و استشكل الشيخ (قدس سره) عليه بانه ما لمراد من انعدام العنوان فان اريد بالعنوان ما جعل مفعولا لقوله: وقفت هذا البستان، فلا شك فى انه ليس الا كقوله:

بعت هذا البستان، فكما ان انتفاء عنوان البستانيه لا يوجب بطلان البيع كذلك

---

(۱)- المكاسب ص ۱۷۰ السطر (۷)

لا يوجب بطلان الوقف و ان اريد غير ذلك فلا بد من بيان المراد منه حتى يتضح الحال، و اما تأييده بالوصيه فغير صحيح لان المناسب ان يقاس المقام بالوصيه بالبستان بعد تمامها و بعد خروج البستان عن ملك الموصى فهل يرضى أحد ان يلتزم ببطلان الوصيه بصيروره البستان عرصه نعم ان الوصيه قبل تمامها محل كلام فى بقائها و بطلانها من جهات اخرى غير انعدام العنوان كما تعرضوا لها فى باب الوصيه.

و أفاد المحقق النائنى ره بأن العنوان الذى جعل مفعولا لقوله: وقفت هذا البستان ان كان من الصور النوعيه العرفيه للوقف فيبطل الوقف بانتفائه كما قال به صاحب الجواهر، و ان لم يكن من الصور النوعيه فالحق كما ذهب اليه الشيخ من عدم بطلانه بانتفائه.

و افاد السيد الاستاذ أن الحق ما ذهب اليه الشيخ لعدم كون مثل هذه العناوين من الصور النوعيه بل يكون مشيرا الى ذات المعنون الذى هو المقصود بالاصاله للواقف، فلا يكون الوقف باطلا بانتفاء العناوين هذا اولا.

و ثانيا ان الوقف لو كان متعلقا بالعنوان، و لم يتعلق بالعين الخارجيه لا وجه لخروجه عن ملك الواقف.

و فيه انه لا محذور فى الالتزام بعدم خروج الوقف عن ملك واقفه كما عليه السيد اليزدى و عليه لا وجه لما افاده السيد الاستاذ بانه لو لم يتعلق الوقف بالعين

الخارجيه لا وجه لخروج الوقف عن ملك واقفه.

لا يقال: فعلى هـذا لا يبقى فرق بين الوقف و الحبس، و الحال انهما ليسا أمرا واحدا لان الوقف يخرج عن ملك الواقف بخلاف الحبس فانه لا يخرج عن ملكه و بهذا فرقوا بينهما.

لأنه يقال انا لا نسلم الفرق المـذكور بل الفرق بينهما ما أفاده السيد اليزدى فى مقام بيان الفرق بين الوقف و الحبس بان الوقف يكون مؤبدا بخلاف الحبس، و ان

شئت فقل ان الحبس على قسمين مؤبد، و موقت، و الاول فى الاصطلاح يسمى وقفا و الثانى حبسا هذا اولا.

و ثانيا لا نسلم عدم خروج الوقف عن ملك واقفه على فرض تعلق الوقف بالعنوان، بل نقول: ان الوقف يخرج عن ملك الواقف و لو بعنوان الـداريه مثلاـ فما دام تكون دارا تكون خارجه عن ملك الواقف و التحقيق أن يقال: ان قول الواقف وقفت الـدار ان كان عنوانا مشيرا الى الذات المعنونه بذاك العنوان و كان مقصوده الاصلى هو الذات فاذا خربت الدار لا يبطل الوقف.

لكن لا يخفى عليك ان هـذه الصوره تتصور بنحوين، أحدهما أن يكون مقصود الواقف انتفاع الموقوف عليه انتفاعا خاصا و هو انتفاع الداريه ففى هذه الصوره يجب تبديله و تعويضه بدار جديده.

و اما لو لم يكن فى نظره نفع خاص و بعد الخراب يكون قابلا للمنافع الاخرى فلا مقتضى لبيعها، و اما اذا كان الذات وقفا بشرط العنوان بأن يكون تمام الموضوع او جزء للموضوع فبانتفاء العنوان كالداريه مثلاـ يبطل الوقف، و كان الملك باقيا فى ملك واقفه.

و لا أقول ان الملك يدخل فى ملك الواقف بعد خروجه عنه بالوقف حتى يحتاج عوده الى دليل

بل أقول: ان الواقف لم يخرج العين الموقوفه عن ملكه ازيد من هذه المده التى كان عنوان الداريه باقيه و المتيقن خروجه عن ملكه ما دام كان معنونا بعنوان الداريه و أما ما زاد عليه فلم يدل دليل عليه بل باق فى ملك الواقف.

و اما اذا شك فى ذلك فباستصحاب بقاء ملكه يحكم بكون العين لواقفه، فلو علم ما قصده الواقف و اعتبره فى مقام الاثبات فيعمل على طبقه، و اما لو شك فاستصحاب عدم التقيد لا يثبت الاطلاق الا بالاصل المثبت مضافا بانه يعارضه استصحاب عدم الاطلاق فى الوقف و مقتضى استصحاب عدم خروج الملك عن ملكيه الواقف فى المقدار

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۵۹

الزائد على المقدار المعلوم، عدم انتقال العين فى ملك الموقوف عليه.

ان قلت: ان هذا هو الوقف المنقطع الذى قام الدليل على بطلانه.

قلت: لم يقم الدليل اللفظى و لا العقلى على بطلان الوقف المنقطع على اطلاقه، بل انما ثبت ذلك فى بعض الموارد بالإجماع و القدر المتيقن منه غير هذه الصوره فلا يشمل المقام الذى يكون ابديه الوقف ببقاء عنوان الداريه مثلا فينتفى بانتفائه، هذا تمام الكلام فى الصوره الثانيه.

و أما الصوره الثالثه و هى أن تخرب العين الموقوفه بحيث نقل منفعته لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم بل ان له بعد الخراب منفعه معتده بحيث تقوم بها ماليته لكن تكون هذه المنفعه على خلاف الوجه الذى عينه الواقف صرفها فيه كما اذا وقف النخله لأجل تسبيل ثمرتها على الموقوف عليه فصارت يابسه و لا تكون لها ثمره تصرف فى جهه الوقف لكن يمكن صرفها جذعا للسقف، و المسأله محل خلاف بين الاعلام، فذهب بعض الى جواز بيعه كالشيخ لعدم

امكان الانتفاع بها الا على هـذا الوجه، و منعه آخرون كالحلى مسـتدلا بان الوقف يكون الانتفاع به ممكنا ككونه جذعا للسـقف فيجب بقاء الوقف على حاله.

و قـال قوم ثـالث ان النزاع بين الفريقين لفظى لان القائل بجواز البيع لا يرى هـذه المنفعه منفعه للنخله بل يريها مسـلوبه المنفعه و القائـل بعـدم الجواز يعـدها منفعه لهـا و لـذا يقول: بعـدم جوازه و كل منهم يعترف بأن فى صوره وجود المنفعه للوقف لا يجوز بيعه، و فى صوره عدم وجودها يجوز فمورد الاثبات غير مورد النفى و هذا معنى النزاع اللفظى.

قوله: و قيل يمكن بناء نزاعهما على رعايه المنفعه المعد لها الوقف ...) «۱»

---

(۱)- المكاسب ص ۱۷۰ السطر (۲۶)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۶۰

اقول ان القائـل هو صـاحب المقـابيس و حاصل كلامه انه ان بقيت المنفعه المعـد لها الوقف بحيث يمكن الانتفاع منه و لو قليلا فلاـ يجوز بيعه للزوم رعايه المنفعه المعـده لها الوقف و ان لم تبق له المنفعه كما اذا وقف الـدار مثلا و كانت المنفعه المعـده لها الجلوس فخربت الـدار بحيث لاـ يمكن الجلوس فيهـا الاـ انه يمكن اسـتفاده منفعه اخرى منها كإيجارها للزراعه مثلا فيجوز بيعها فـاذا كانت المنفعه المعـده لها الوقف موجوده فلا يجوز بيعه على كلا القولين و اما اذا لم تكن المنفعه باقيه فيجوز بيعه كـذلك فيكون النزاع بينهما لفظيا.

اقول ان حكم المسـأله قـد ظهر ممـا سـبق بـانه اذا علم ان الواقف وقف النخله مثلاـ لاـن يسـتفيد الموقوف عليهم ثمرتهـا و كـان مقصوده حفظ هـذه الحيثيه فيجوز بيعها و تبـديلها بنخله أخرى، و اما اذا وقف عنوان الشـجره المثمره، و قد جعل فى متعلق وقفه عنوان النخله

فاذا صارت يابسه لا يسمى نخله بل يسمى خشبا فيبطل الوقف لانتفاء موضوعه فيكون الخشب داخلا فى ملك واقفه.

[فيما يكون بيع الوقف أنفع و اعود للموقوف عليه]

قوله: الصوره الرابعه و هى أن يكون بيع الوقف انفع و أعود للموقوف عليه ...) «۱»

أقول: ان زياده النفع قد تلاحظ بالنسبه الى البطن الموجود و قد تلاحظ بالنسبه الى جميع البطون، و على كلا التقديرين كون بيع الوقف انفع لا يوجب جواز بيعه، و ان نسب الى المفيد جوازه و لكن كلامه مئول فعدم جواز البيع اتفاقى.

و العمده فى المقام أن ينظر فى الادله بانه هل يستفاد منها عدم جواز البيع أم لا فيتبع ذلك، و الظاهر من الادله ان كون الشى ء أعود للموقوف عليه لا يوجب جواز البيع كما يدل على ذلك اطلاق قوله: الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها و قوله:

---

(۱)- المكاسب ص ۱۷۰ السطر (۲۸)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۶۱

لا يجوز شراء الوقف و عموم قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على كونه دليلا للمقام.

و أما المقتضى للجواز فربما يتمسك بروايتين إحداهما روايه جعفر ابن حنان عن أبى عبد اللّه عليه السّلام و فيها قال نعم اذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا. «۱»

فيستفاد منها ان البيع لو كان خيرا لهم يجوز بيعه و هذه الروايه ضعيفه بجعفر فانه لم يوثق عند اصحاب الرجال.

ان قلت: ان المشهور عملوا بهذه الروايه و عملهم يكون جابرا لها.

قلت: اولا انا بينا فى الاصول ان عمل المشهور لا يكون جابرا لضعف الروايه كما أن اعراضهم عنها لا يوجب و هنها.

و ثانيا على فرض تسليم انجبار الروايه بعمل المشهور لا نسلم كونه جابرا فى المقام لان المشهور قائلون بعدم جواز البيع فكيف يجوز القول بانجبارها

بعملهم.

و اما ما ادعى من أن حسن ابن محبوب يكون من أصحاب الاجماع فوقوعه فى سند الروايه يوجب أن يكون العمل بها جائزا لأنه لا يروى إلا عن ثقه مخدوش عندنا و لا يترتب الاثر على مثل هذه المقالات و بينا فسادها فى محله.

و المتحصل ان الروايه ساقطه عن الحجيه فلا يمكن العمل بها و اذا لا مجال للبحث عن دلالتها بعد سقوطها عنها لعدم ترتب الثمره العمليه عليه بعد سقوطها عن الحجيه.

ثانيتهما الروايه المرويه عن الاحتجاج بان الحميرى كتب الى صاحب الزمان انه روى عن الصادق عليه السّلام خبر مأثور اذا كان الوقف على قوم باعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشترى عن بعضهم ان لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا يجوز الا ان يجتمعوا كلهم

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۳) الباب (۶) من أبواب احكام الوقوف، الحديث (۸)

على البيع أم لا يجوز الا أن يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه فاجاب عليه السّلام اذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه و اذا كان على قوم من المسلمين فليبع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين إن شاء اللّه تعالى «۱»

و اورد السيد الاستاذ دام ظله ان الروايه ليست فى مقام بيان ما يكون محلا للكلام فان السائل فرض جواز البيع بمقتضى ذلك الخبر الماثور و يسئل أن ما يجوز بيعه هل يجوز اشتراء عن واحد منهم مقدار حصته أم لا.

و ملخص الكلام ليست الروايه فى مقام بيان جواز بيع الوقف حتى يؤخذ باطلاقه بل فرض جواز البيع

فى غير هذه الروايه هذا ملخص الاشكال.

و يرد عليه ان الميزان باطلاق الجواب لا بخصوص السؤال و لا نرى مانعا عن الاطلاق فى الجواب.

و اورد عليه أيضا ان الثمن طلق للبطن الموجود و من الظاهر انه مع هذا الفرض يكون البيع انفع للموجودين اذ المفروض أن أمرهم دائر بين أن يبيعوا و يأخذوا الثمن و بين أن يصبروا و ينتفعوا بالمنافع، و الاول انفع فيلزم أن يكون البيع جائزا دائما و يعارضها ما تقدم من الروايات الداله على عدم الجواز. و الترجيح مع تلك الروايات لأنها مشهوره، و مع الغض عن ذلك أيضا لا بد من تقديمها لان تلك الروايات مخصصه بصوره عروض الخراب. و بعباره اخرى خرج عن مطلقات المنع ما عرض عليه الخراب و صار بحيث لا ينتفع به، فالنسبه تنقلب الى العموم المطلق، و تخصص هذه الروايات بتلك الروايات فيخصص الجواز بهذا القسم الخاص.

و فيه اولا لا نسلم ان يكون بيعه انفع دائما بل يختلف ذلك باختلاف الاحوال.

و (ثانيا) ان ما ذكره الاستاذ مبنى على صحه انقلاب النسبه و هو مخدوش عندنا، فعليه

---

(۱)- الوسائل الجزء (۱۳) ص ۳۰۶ الحديث (۹)

لا بد من تخصيص تلك العمومات بهذه الروايه، و هذه الروايه قد ضعفها السيد اليزدى و كذلك السيد الاستاذ و لكنه لا يمكن للمساعده معهما فان صاحب الوسائل له طريق معتبر الى كتاب الاحتجاج للطبرسى هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى نحتمل ان الطبرسى وصل اليه كتاب قرب الاسناد بطريق معتبر، و مع هذا الاحتمال لا وجه لطرح الروايه و على هذا فالروايه معتبره من حيث السند.

ان قلت ان المشهور أعرضوا عن هذه الروايه فعلى فرض

صحه سندها أيضا لا يمكن العمل بها لان اعراضهم يوجب الوهن فيها قلت انا بينا مرارا ان اعراض المشهور لا يوجب الوهن فى الروايه كما أن عملهم لا يجبر ضعفها و ان شئت التفصيل فراجع ما بيناه فى محاضراتنا الاصوليه.

و قال المرز النائنى ره ان نسبه هذه الروايه الداله على جواز بيع الوقف مع قوله لا يجوز شراء الوقف يكون بالتباين فيقع التعارض بينهما، و اذا تعارضا تساقطا فتصل النوبه الى الاصل العملى المقتضى لعدم جواز البيع.

و فيه اولا انا لا نسلم كون النسبه بينهما بالتباين بل ان قوله لا يجوز شراء الوقف مطلق فباطلاقه يحكم بعدم جواز بيعه سواء كان الوقف على امام المسلمين او على قوم منهم او غيرها من غير ذوى الشعور كالمسجد و اما هذه الروايه المفصله بين امام المسلمين و غيره داله على جواز بيع الوقف اذا كان على قوم من المسلمين فتكون الروايه مخصصه لقوله لا يجوز شراء الوقف.

و ثانيا لو سلمنا ان النسبه بين الروايتين يكون بالتباين لكنه لا تصل النوبه الى التساقط لوجود المرجح فى المقام للروايه الداله على الجواز و هو كونه موافقا للكتاب.

و ثالثا نفرض ان كلتا الروايتين متساويتان، و لا مرجح لأحديهما على الاخرى لكن لا تصل النوبه الى الاصل العملى بعد التساقط لوجود الدليل اللفظى فى المقام و هو قوله تعالى: (أحل اللّه البيع) اذا لم نقل بالتخيير و الا فللفقيه يمكن الاخذ بالروايه الداله على الجواز.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۶۴

و لكنه مع هذا لا يمكن أن يقال: بجواز بيعه فى هذه الصوره لان بيع الوقف يكون أمرا منكرا عند المتشرعه فلا يمكن الالتزام به الا ما خرج عنه بعض الموارد

الذی قام الدلیل القطعی علی جواز بیعه.

قال الشیخ (قدس سره) ما حاصله ان الروایتین الدالتین علی جواز البیع یکون مخالفا للقواعد لان مقتضی الروایتین جواز تصرف البطن الموجود فی الثمن کیف شاءوا و الحال ان مقتضی کون العین مشترکه بین البطون کون بدله أیضا کذلک لاستحاله کون المبیع للبطون جمیعا و کون الثمن مختصا بالبطن الموجود فقط «۱».

و فیه ان ما یستفاد من الروایه جواز بیع الوقف و أما ثمنه فهل یختص بالبطن الموجود أم یشترک فیه المعدومون أیضا فالروایه لا تدل علیه.

و ثانیا انا بینا فی موضعه ان خروج المثمن من مکان لا یستلزم دخول الثمن فیه و لم یقم علیه دلیل من العقل، و النقل، و الحق هو ما ذکرنا بأن ذهن المتشرعه یستنکر هذا البیع، و لذا لم یلتزم به أحد من العلماء غیر ما نسب الی المفید، و ان کان مقتضی القاعده هو الجواز هذا تمام الکلام فی الصوره الرابعه.

و أما الصوره الخامسه، فهی أن یلحق بالموقوف علیه ضروره شدیده فهل یجوز بیع الوقف فی هذه الصوره أم لا، ما یمکن أن یتمسک به فی المقام للجواز امور

الاول روایه جعفر ابن حنان المتقدمه الداله علی جواز بیعه.

و فیه قد بینا آنفا ان فی سندها جعفر بن حنان و هو غیر موثق عند اصحاب الرجال.

الثانی قیام الاجماع علیه کما حکی ذلک عن الانتصار و الغنیه و فیه اولا قد مر ان الجماع لیس بحجه.

---

(۱)- المکاسب ص ۱۷۱ السطر (۱۸)

و ثانیا علی فرض تسلیم الحجیه ففی خصوص المقام لا یمکن الاعتماد علیه لاحتمال کونه مدرکیا.

و (ثالثا) انه معارض بالإجماع الاخر المدعی فی السرائر علی عدم جواز بیعه.

الثالث

انه بلحوق الضروره الشديده يكون الموقوف عليه مضطرا الى بيعه فيكون البيع جائزا لدليل رفع الاضطرار.

و يرد عليه اولا ـ ان رفع الاضطرار انما حكم امتنانى على الامه فلا ـ يجرى فى المقام لكونه خلاف الامتنان بالنسبه الى البطون اللاحقه و لا يخفى ان هذا جواب جدلى بيناه الزاما للخصم على طبق مبناه و الا فقد بينا فى الاصول بأن الامتنان لا يلزم ان يكون عاما و بعباره اخرى: انه يكفى الامتنان بالنسبه الى من يجرى فى حقه حديث الرفع و لا يلزم ان يكون على الغير امتنانا.

و ثانيا ان دليل رفع الاضطرار معارض بدليل نفى الضرر فان جواز البيع ضرر على البطون اللاحقه.

و ثالثا ان دليل رفع الاضطرار على حسب التحقيق يكون نافيا للحكم و اما اثبات جواز البيع فليس من شأنه كما لا يخفى.

لكن يرد عليه انه حيث لا ـ يمكن الاهمال فى الواقع فلو حكمنا بمقتضى رفع الاضطرار برفع الحرمه الوضعيه تكون النتيجه هو الجواز الوضعى و لكن لو انفتح هذا الباب يمكن ان يقال بأنه يجوز بيع اموال الناس عند الاضطرار فانه ما الفرق بين الوقف و غيره اذ كما ان مقتضى عدم حليه جواز التصرف فى مال الغير عدم صحه بيع مال الغير كذلك مقتضى عدم جواز بيع الوقف كذلك و لا يخفى ان فى اصل الاستدلال اشكالا و المتحصل مما ذكرناه عدم قيام الدليل على جواز البيع فى الصوره الخامسه.

الصوره السادسه ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجه او اذا كان فيه مصلحه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۶۶

للبطن الموجود او جميع البطون او عند مصلحه خاصه على حسب ما يشترط الواقف فهنا محل خلاف بين العلماء فذهب بعض الى جواز بيعه و

الاـخر الى منعه و المنقول من الارشـاد هو الجواز و قال العلامه فى القواعـد- و لو اشترط بيعه عنـد الضـروره ففى صـحه الشـرط اشكال و مع بطلان الشرط ففى بطلان الوقف نظر.

اقول: لعـل وجه النظر ان الشـرط الفاسـد لاـ يكون مفسـدا على مـا سـيجى ء تحقيقه فى محله- و المـذكور فى الايضاح فى وجه الجواز ان روايه جعفر بن حنان المتقدمه داله على جواز بيعه بغير شـرط فدلالتها عليه مع اشتراط الوقف بيعه تكون بالفحوى هذا مـا ذكر فى وجه الجواز و امـا مـا ذكر فى وجه المنع ان الوقف يكون للتأييـد و البيع ينـافيه قـال المحقق الكركى كل موضع قلنا: بجواز بيع الواقف فيه يجوز اشتراط بيعه لكون هـذا الشـرط مؤكدا له، و لعدم منافاته للتأبيد المعتبر فى الوقف، و كل موضع قلنا: بعدم جواز بيعه نقول فيه أيضا بعدم جواز اشتراط بيعه لكون اشتراط بيعه منافيا للتأبيد المعتبر فى الوقف.

[هل يجوز أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجه]

اشاره

قوله: (يمكن أن يقال: بعد التمسك فى الجواز) ... «۱»

أقول حاصل ما أفاده بتوضـيح منا ان المقتضـى للجواز موجود و المانع مفقود، اما المقتضـى فهو عموم قوله: الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها و قوله المؤمنون عنـد شـروطهم، و اما المانع فربما يتوهم انه مناف للتأييـد المعتبر فى الوقف و لكنه ليس كذلك لعـدم ثبوت كون جواز البيع منافيـا لمقتضـى الوقف و لـذا يجتمع معه عنـد طرو مسوغـاته، ثم على فرض تسـليم منافات البيع مع الوقف فـانه يكون فيمـا اذا بيع الوقف للبطن الموجود و صـرف ثمنه و أمـا الـبيع لتبـديله بوقف آخر فلاـ منافـاه بينه و بين مفهوم الوقف، بل يكون المنافاه بينه و بين اطلاق الوقف.

اقول ينبغى أن نبحث فى مقامين الاول

ان مقتضى القواعد الاوليه هل هو جواز

---

(۱)- المكاسب ص ۱۷۲ السطر (۱)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۶۷

اشتراط بيع الوقف أم عدم الجواز.

الثانى البحث عما يقتضيه النص الوارد فى المقام،

أما المقام الاول [مقتضى القواعد الأوليه]

فربما يقال:

ان مقتضى القواعد عدم جواز اشتراط بيع الوقف و يقرب ذلك بوجوه ثلاثه.

الاول ان اشتراط البيع مناف للتأييد المعتبر فى الوقف باعتبار ان انشأ الوقف مع اشتراط جواز بيعه يعد من المتنافيين لان الوقف عباره عن ايقاف العين و جعله ساكنا عن التحرك و الانتقال و اشتراط البيع عباره عن اشتراط انتقاله و عدم سكونه و تقابل هذين الامرين أوضح من أن يخفى.

الثانى ان قوله: لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك تدل بالالتزام على عدم اعتبار اشتراط الجواز لان المستفاد من الروايه هو عدم جواز شراء الوقف سواء اشترط البيع أم لا.

الثالث ان بيع الوقف باطل فاشتراط بيعه يخالف السنه فيبطل الشرط ثم يقع النزاع فى انه بعد فرض بطلانه يبطل العقد أم لا و افاد السيد الاستاذ ان المانع الذى يتخيل مانعيته لجواز اشتراط بيع الوقف أمر ان الاول انه مناف لقصد الواقف حيث قصد التأبيد فى الوقف و اشتراط البيع مناف لما قصده.

الثانى انه مخالف للسنه و اذا ارتفع مانعيه هذين الامرين لا يرى مانع لجواز الاشتراط، و قد تصدى دام ظله لبيان رفع المانعين المذكورين بما حاصله ان الواقف اما قصد بيع الوقف عند الحاجه بان يكون ثمنه كالمثمن فى تعلق حق البطون كلهم من الموجودين و معدومين به أم لا.

و بعباره اخرى ان قصد الواقف اما يكون حفظ ماليه العين الموقوفه فى جميع سلاسل متلاحقه، و اما تعلق قصده بيع الوقف بان يكون ثمنه ملكا طلقا

للبطون الموجوده و لهم أن يتصرفوا فيه كيف يشاءون فان كان قصده القسم الاول فلا تنافى بين اشتراط البيع و بين قصد الواقف لأنه لا يريد بهذا الشرط اسقاط التأبيد المعتبر فى الوقف بل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۶۸

يريد به بقاء ماليه الوقف فى جميع المراتب اللاحقه، و لو بتبديله بالعين الاخرى خصوصا اذا كانت فى التبديل مصلحه للبطون كما هو المفروض فى المقام فاشتراط جواز بيعه انما يكون مؤكدا لقصد الواقف لا منافيا له، و ان كان قصده القسم الثانى و هى صوره قصد الواقف ان الثمن بعد بيع الوقف يكون ملكا طلقا للبطن الموجود فاشتراط جواز البيع مشكل لكونه مخالفا لقانون البدليه.

و توضيحه ان قانون المعاوضه يقتضى دخول الثمن فى المكان الذى يخرج عنه المثمن، و المفروض ان الثمن خرج عن ملك جميع البطون من الموجودين و المعدومين فلا بد أن يدخل الثمن أيضا فى ملكهم، و على هذا لا وجه لكون الثمن ملكا طلقا للبطن الموجود لتعلق حق البطون اللاحقه به، و كذا لا وجه لجواز اشتراط بيع الوقف للبطن الموجود لعدم كونه ملكا طلقا له حتى يجوز شرائه له.

و لكن الذى يسهل الخطب ان يقال: ان الواقف اذا وقف الدار مثلا للموقوف عليه، و جعل الخيار للبطن الموجود بان لهم أن يفسخوا الوقف فبيعوا عند اقتضاء المصلحه له، فان العين الموقوفه و ان لم تكن ملكا طلقا للبطن الموجود الا ان له حق الخيار فباعماله يبطل الوقف و يكون العين ملكا شخصيا للبطن الموجود فان البيع يقع على ماله الشخصى، و لا يجى ء هنا المحذور المتقدم و هو عدم مراعاه قانون البدليه لأنه بعد اعمال حق الخيار يخرج المثمن عن

ملک الموقوف علیه، و یدخل فی ملک البطن الموجود، کما أن الثمن أیضا یدخل فی ملکه اذ المبدل دخل فی ملکه باعمال الخیار.

ان قلت: ان هذا انما هو الوقف المنقطع و هو باطل لا یمکن الالتزام به.

قلت: ان انقطاع الوقف یکون علی أقسام ثلاثه.

الاول ان الواقف ینشئ الوقف بقوله: انی وقفت الدار مثلا الی ثلاث سنواه أو اربع سنواه فهذا القسم من الوقف المنقطع باطل لکونه معقد الاجماع بل الضروره.

القسم الثانی أن ینشئ الوقف بقوله: انی وقفت الدار لأولاد الحسن علیه السّلام مثلا

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۲۶۹

و یکون قصده أن یتصرف هذه البطون بحیث ینتهی و ینقرض بانقراضهم و فی هذا القسم خلاف فی صحه الوقف و بطلانه.

و اختار شیخنا الاستاذ عدم بطلانه، لان دلیل البطلان لیس دلیلا لفظیا حتی یتمسک باطلاقه فی جمیع موارد الانقطاع بل هو دلیل لبی یؤخذ فیه بالقدر المتیقن منه و هو القسم الاول فقط.

الثالث أن ینشئ الوقف علی نحو التأبید، و لکنه جعل للموقوف علیهم حق الخیار بأنهم اذا ارادوا أن یفسخوا و فلهم ذلک فیکون أمد الوقف عند التحلیل الی قوله:

فسخت فان دلیل بطلان الوقف المنقطع لا تشمل المقام لما قدمناه آنفا من أن دلیله لبی فالقدر المتیقن منه هو القسم الاول هذا تمام الکلام فی رفع المانع الاول.

و أما المانع الثانی و هو کون اشتراط البیع مخالفا للسنه فنقول ان دلیل حرمه بیع الوقف دلیل امضائی لیس تأسیسیا حتی یکون اشتراط بیعه مخالفا له- و بعباره اخری ان دلیل حرمه بیع الوقف لیس دلیلا تعبدیا لیکون اشتراط بیعه مخالفا له بل انما هو امضاء لما قصده الواقف.

و ثانیا انه علی فرض تسلیم ان اشتراط بیع

الوقف مخالف للسنه لا يكون بيعه حراما لأنه مع اعمال حق الخيار لا يبقى موضوع للوقف حتى لا يجوز بيعه- و بعباره اخرى نفرض ان اشتراط بيع الوقف مناف للسنه الا انه بعد اعمال الخيار ليس المبيع وقفا حتى يصدق عليه بيع الوقف.

أقول: و فى ما أفاده مواضع للنظر، الاول ان قوله: (ان قانون المعاوضه يقتضى دخول الثمن فيما خرج عنه المثمن) لا يمكن المساعده عليه لعدم قيام دليل عقلى و لا نقلى عليه كما بينا تفصيله فى محله.

الثانى ان قوله: (ان الواقف جعل الخيار للبطن الموجود) لم يفهم مقصوده دام ظله فان كان مراده ان الوقف يكون للموقوف عليهم الى قولهم فسخت كما هو مسلكه فى البيع الخيارى حيث كان يقول: معنى جعل الخيار تمليك العين الى قول

ذى الخيار فسخت فيبقى العين فى ملك واقفه لان المتيقن من خروجه عن ملك الواقف ما دام يكون الوقف باقيا و اما بعد انقضائه فلا مقتضى لخروجه عن ملكه.

فيرد عليه ان لازم ذلك ان جعل الواقف بانشائه حقين للموقوف عليهم، حق الفسخ، و حق ادخال العين فى ملكهم و بيعه لأنفسهم حتى ينطبق عليه قانون المعاوضه على نحو الوكاله ان كان حيا و على نحو الوصايه ان كان ميتا حين الفسخ فلا بد من مراعات أحكام الوكاله و الوصايه فاذا مات الواقف قبل فسخ الموقوف عليهم لا ينتقل العين اليهم أزيد من ثلثه.

و ملخص الكلام انه لو قلنا: بان العين لم تخرج من ملك الواقف الا مقدارا خاصا من الزمان فيرجع الامر اما الى الوكاله و اما الى الوصيه و ان كان المراد ان الواقف انشأ بصيغه الوقف الملكيه المطلقه الابديه

لجميع البطون الا ـ انه جعل حق الخيار للبطن الموجود بان لكل منهم أن يفسخ الوقف و الفسخ يرفع الملكيه الموجوده كما ان الطلاق يعدم الزوجيه الدائمه.

ففيه اولا ـ ان الواقف قد جعل العين الموقوفه ملكا دائميا للموقوف عليهم و اما جعل الخيار لهم بأن يفسخوا الوقف حيث شاءوا يحتاج الى دليل و على الاستاذ اقامته.

و ثانيا انه بعد فسخ الوقف مقتضى القاعده دخوله فى ملك الواقف و لا دليل على خروجه منه، و دخوله فى ملك الموقوف عليه الموجود.

و ثالثا انه على فرض دخوله فى ملك الموقوف عليه يعود الاشكال الا فى مكهم اذ لا يدخل بالوكاله على فرض، و الوصايه على فرض آخر و هذا و ان كان ممكنا فى عالم الثبوت الا انه لا دليل فى مقام الإثبات كما ذكرناه آنفا، أضف الى ذلك انه يلزم أن لا يدخل فى ملك الموقوف عليهم، و من المعلوم ان الاستاذ لا يرضى بهذا اللازم.

و رابعا ان ما أفاده من أن دليل حرمه بيع الوقف دليل امضائى لا تأسيسى ففيه ان قوله عليه السّلام (الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها) و ان كان دليلا امضائيا الا أن الدليل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٧١

لا ينحصر به لان قوله: لا يجوز شراء الوقف دليل تعبدى فاشتراط جواز البيع ينافيه فيعود المحذور فتلخص أن ما ذكره الاستاذ فى دفع المانعين المذكورين لجواز الاشتراط لا يمكن المساعده عليه.

و الحق أن يقال: فى المقام ان الواقف اما جعل الثمن فى حكم المثمن فى تعلق حق جميع البطون به، و اما جعله ملكا لهم، اما الصوره الاولى و هى صوره جعل الثمن فى حكم المثمن فلا تكون مجال للمانعين المذكورين اصلا.

اما المانع

الاول و هو كونه منافيا لقصد الواقف التأبيد ففيه انه ليس منافيا له لان المفروض ان الواقف قصد ان الوقفيه يتدرج فى السلسله المتلاحقه و تكون ماليته محفوظه فى جميع المراتب فعليه ان اشتراط بيعه ليتبدل بالعين الاخرى التى يكون نفعها اكثر مؤكد لبقاء ماليته، و لا ينافيه، و اما المانع الثانى و هو كون الاشتراط مخالفا للسنه فنقول: ان قوله: الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها لا يقتضى المنع عن اشتراط البيع، لأنه أمضى كل ما أوقفه الواقف و قصده، و المفروض انه قصد حفظ ماليته و لو ببيعه و تبديله بعين اخرى، و اما قوله: لا يجوز شراء الوقف أيضا لا يصلح للمانعيه لجواز أن يقال: انه منصرف عن صوره اشتراط الواقف بيعه.

و ان أبيت عن ذلك فنقول: ان دليل عدم جواز شراء الوقف لا يكون محققا لموضوعه فلا بد أن تكون الوقفيه مفروغه عنها فى الرتبه السابقه حتى يتعلق بموضوعها عدم جواز بيعه، و المفروض ان الموضوع انما يتحقق بقوله: (الوقوف على حسب ...)

فهو محقق للموضوع فكيف يعارضه دليل عدم جواز شراء الوقف.

و ان أبيت عن ذلك أيضا فيقع التعارض بين الروايتين و بعد التساقط يكون المرجع هو قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الدال على صحه بيعه ان لم نرجح دليل الجواز بموافقه الكتاب، و من ذلك ظهر عدم صلاحيه المانع الثانى للمانعيه بعد سقوط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٧٢

قوله: لا يجوز شراء الوقف بالمعارضه، و أيضا ظهر مما ذكرنا انه لا بأس باشتراط البيع فى صوره ذكر المعلق عليه بل شرط البيع على نحو المطلق لا مانع منه أيضا هذا اذا علم ان الواقف قصد كون الوقفيه متدرجه فى سلسله متلاحقه

و يحفظ ماليته فى جميع المراتب.

و اما اذا كان قصده أن يكون الثمن ملكا طلقا للموقوف عليهم فهذا يتصور على قسمين فتاره أن ينشئ الوقف بقصد أن تكون العين وقفا دائميا لجميع البطون الى أن يرث اللّه و مع ذلك يشترط جواز بيعه فهذا لا يجوز لأنه خلاف السنه فالشرط باطل و يشمله قوله: لا يجوز شراء الوقف.

و اما اذا لم يقصد أن تكون العين وقفا دائميا بل كان غرضه وقف الدار مثلا الى ان يريد و ابيعها فامد الوقف ينقضى بارادتهم البيع فيجوز اشتراط بيعه فينتقل العين الى الموقوف عليهم على نحو الوكاله او الوصايه و اما الاعتراض بانه وقف منقطع فقد بينا جوابه فلا نعيد هذا تمام الكلام بالنسبه الى القاعده الاوليه.

[أما المقام الثانى البحث عما يقتضيه النص الوارد فى المقام]

و يقع الكلام بالنظر الى القاعده الثانويه اى النص الخاص فى المقام و هى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال بعث الى بهذه الوصيه أبو ابراهيم عليه السّلام هذا ما أوصى به و قضى به فى ماله عبد اللّه على ابتغاء وجه اللّه ليولجنى به الجنه و يصرفنى به عن النار و يصرف النار عنى يوم تبيض وجوه و تسود وجوه ان ما كان لى من مال بينبع يعرف لى فيها و ما حولها صدقه و رقيقها غير أبى رياح و أبى نيزر و جبير عتقاء ليس لأحد عليهم سبيل فهم موالى يعملون فى المال خمس حجج و منه نفقتهم و رزقهم و رزق أهاليهم.

و مع ذلك ما كان لى بوادى القرى كله مال بنى فاطمه و رقيقها صدقه، و ما كان لى بذعه و أهلها صدقه غير أن رقيقها لهم مثل ما كتبت لأصحابهم و ما كان لى بأذينه و

أهلها صدقه و القصيره كما قد علمتم صدقه فى سبيل الله و ان الذى كتبت من أموالى هذه

صـدقه واجبه بتله حيـا أنـا أو ميتـا ينفق فى كـل نفقه ابتغى بها وجه اللّه فى سبيل اللّه و وجهه و ذوى الرحم من بنى هاشم و بنى المطلب و القريب و انه يقوم على ذلـك الحسن بن على يأكل منه بالمعروف و ينفقه حيث يريـد اللّه فى حل محلل لا حرج عليه فيه.

فان اراد أن يبيع نصـيبا من المال فيقضـى به الدين فليفعل ان شاء لا حرج عليه فيه و ان شاء جعله شـروى «سـرى خ» الملك و ان ولد على و اموالهم الى الحسن بن على و ان كان دار الحسن غير دار الصدقه فبدا له أن يبيعها فليبعها إن شاء لا حرج عليه فيه ... «۱»)

و ان هذه الروايه بظاهرها تدل على جواز اشتراط البيع فى الوقف كما ان الصناعه العلميه تقتضى الجواز و الحق أن يقال كما قال الشيخ ان تأويل الروايه مشكل و العمل به اشكل و اللّه العالم بحقائق الاشياء.

[حكم الصوره التى يؤدى بقائه إلى خرابه علما أو ظنا]

اشاره

الصوره السابعه ان يؤدى بقائه الى خرابه علما او ظنا و هو المعبر عنه بخوف الخراب،

و الاداء الى الخراب قـد يكون للخلف بين اربابه و اخرى لوجه آخر و أيضا ادائه الى الخراب قد يكون بحيث يسـقط الوقف عن الانتفاع، و اخرى ينقص عن منفعته اما لو فرض سقوطه عن الانتفاع الموقوف و لكن قابل لانتفاع آخر فهو محل للنزاع بين الشيخ و صاحب الجواهر و قد مر منا التفصيل.

و ملخص الكلام فى المقام انه ذهب بعض الى جواز البيع فى صوره الاداء الى الخراب

بشرط أن يكون السبب خلاف اصحابه و ذهب بعض الى الجواز مطلقا و يمكن أن يقال بان الوجه للجواز ما مر من الوجه فى الصوره الاولى و فيه انه فرق بين تحقق عنوان بالفعل و بين أن يتحقق بعد ذلك فلا يقاس احد المقامين بالاخر اذا عرفت ذلك

فنقول ما يمكن أن يقال: فى وجه الجواز امور.

الاول ان بقاء الوقف مع العلم أو الظن بان بقائه يؤدى الى الخراب تضييع للمال و هو حرام

---

(۱)- الوسائل الباب (۱۰) من أبواب احكام الوقوف الحديث (۴)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۷۴

فلا بد من بيعه حذرا عن ارتكاب الحرام، و لا يخفى عليك ان هذا الاستدلال على فرض تماميته يدل على جواز بيع الوقف سواء كان بقائه مؤديا الى الخراب باختلاف اربابه أو بسبب غيره.

و فيه اولا انه لا دليل على حرمه تضييع المال مطلقا بل قد يكون واجبا بأمر الشارع بمصلحه مهمه قد خفيت علينا كوجوب ذبح الشياه فى المنى المستلزم لضياع المال أحيانا.

و ثانيا انه فرق بين تضييع المال، و دفع الضياع عنه، و على فرض تسليم حرمه تضييع المال لا دليل على وجوب حفظ المال عن الضياع نعم قد علم من الشرع وجوب حفظ المال فى موارد خاصه على ما يتراءى من كلامهم، و لكن هذا المقدار لا يكفى كليه.

و ثالثا ان حرمه تضييع المال لا يكون مجوزا لبيع الوقف كما انه اذا فرض أن الحنطه مثلا يفسد اذا لم يجعله مالكه فى معرض البيع، و لم يمكن حفظه الا بالبيع الفاسد لكونه غرريا هل يتوهم أحد ان هذا يوجب صحه بيعها غرريا كلا.

الثانى ان غرض الواقف تعلق بحفظ ماليه عين الموقوفه، و انتفاع الموقوف عليهم عنها

فبقاء العين مع العلم بانه يؤدى الى الخراب مناف لغرض الواقف فلا بد أن يباع كى يبدل بعين اخرى حفظا لغرضه.

و يرد عليه ان غرض الواقف انما تعلق ابتداء بنفس العين الموقوفه، و المفروض ايفاء غرض الواقف بالعين الموقوفه فعلا لقابليتها للانتفاع، و انما جاز بيعه حفظا لماليتها عند طرو الخراب له لا من حين حصول العلم بكونها خرابا بعد شهرين مثلا.

الثالث ما افاده المرزا النائنى (قدس سره) بان العلم أو الظن بتأديته الى الخراب المعبر عنه بخوف الخراب طريق عقلائى اليه،

و بعباره اخرى اذا احتمل احتمالا عقلائيا تأديته الى الخراب على نحو لو كان فعلا خرابا لجاز بيعه فحكم الاحتمال حكم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۷۵

نفس الخراب و لكن من حيث كونه طريقا لان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خرابا فعلا.

و يرد عليه انه لو كان خوف الخراب متعلقا بالخراب الفعلى يكون الخوف طريقا الى تحقق الخراب و ان الخراب المتحقق فى المستقبل لا يكون موضوعا لجوار البيع فعلا فلا اثر للخوف بل لا أثر للقطع بالخراب الاستقبالى.

الرابع ان المقتضى للجواز موجود، و المانع عنه مفقود

اما المقتضى فتام من جهه كونه مالا و مملوكا فيشمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ و تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ و اما المانع فليس الا ما يتوهم انه مناف لحق الواقف، و حق الموقوف عليه و حق اللّه سبحانه و تعالى و لكنك اذا تأملت ان البيع لا ينافى هذه الحقوق الثلاثه اما عدم منافاته لحق الواقف فظاهر لان غرض الواقف الانتفاع بالعين و حفظ ماليتها، و لو بالتبديل بالعين الاخرى فبيعها للتبديل موجب لان يحفظ ماليته و كيف ينافى غرضه و اما عدم منافاته لحق الموقوف عليهم فظاهر لأنهم يريدون الانتفاع سواء كان هذا من نفس العين الموقوفه أم من بدلها و اما عدم منافاته لحق اللّه لان دليل حرمه شراء الوقف منصرف عن المقام لكونه ناظرا الى صوره عدم خرابه.

و يرد عليه انه لا نسلم عدم منافاته لحق الواقف لان غرضه تعلق ببقاء العين فيما اذا كان قابلا للانتفاع و اما كونه منافيا لحق الموقوف عليهم و عدم كونه منافيا فليس دخيلا فى المطلوب لأنا نتبع الدليل فان قام الدليل على جواز بيعه نلتزم به و ان لم يقم الدليل عليه

فلا نلتزم به سوا كان منافيا لحق الموقوف عليهم أم لا.

و بعباره اخرى لا حق لهم الا ما جعله الواقف، و امضاه الشارع، و اما عدم كونه منافيا لحق اللّه فممنوع لعدم تسليم انصراف دليل حرمه الوقف عن المقام لأنه لا نرى وجها للانصراف فالاطلاق محكم.

الخامس مكاتبه ابن مهزيار

قال: و كتبت اليه ان الرجل ذكر ان بين من وقف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۷۶

عليهم هذه الضيعه اختلافا شديدا و انه ليس يا من أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فان كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع الى كل انسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته، فكتب اليه بخطه و أعمله أن رأى له ان كان قد علم الاختلاف ما بين اصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فانه ربما جاء فى الاختلاف تلف الاموال و النفوس «۱».

و يقع الكلام فيها تاره من جهه السند، و اخرى من جهه الدلاله اما السند فان الشيخ رواها بثلاثه أسانيد اثنان منها صحيحان، و رواه الصدوق بسنده الى عباس ابن معروف عن على بن مهزيار و هو أيضا صحيح فالروايه لا شبهه فيها سندا.

و اما من ناحيه الدلاله فلا قصور فيها من هذه الجهه أيضا اذ يستفاد منها انه ان وقع الاختلاف بين ارباب الوقف و يكون البيع أمثل يباع فانه ربما يتفق تلف الاموال و النفوس.

و ربما يقال: ان الظاهر المستفاد من الروايه أن يشترط فى جواز البيع تلف الاموال و كذلك تلف النفوس و أيضا يلزم أن يكون الشرط بنحو الانضمام و الاجتماع بحيث يتلف عده أموال و عده نفوس و الا ـ لا ـ يترتب الحكم، و لا شبهه ان هذا النحو من الاستفاده خروج عن جاده الصواب

فی باب الاستفاده من الظهورات فان ما یستفاد من الروایه بحسب الظهور العرفی و لو بمئونه تناسب الحکم و الموضوع انه لو انجر الخلاف الی تلف المال أو النفس یکون البیع جائزا.

و بعباره اخری لو کان الوقف موردا لمثل هذا الاختلاف یکون البیع أمثل اذ ربما جاء فی اثر الخلاف تلف المال أو النفس بلا فرق بین أن یکون خطر الخراب متوجها الی العین الموقوفه و بین أن یکون متوجها الی مال آخر، و لا یخفی أنه یفهم من قوله: (ربما ...) انه بنحو الحکمه فلو وقع الخلاف من اثر الوقف بین أربابه

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۳) الباب (۶) من أبواب أحکام الوقوف، الحدیث (۶)

و یعلم انه لا یترتب المحذور علی هذا الخلاف یجوز البیع بمقتضی هذه الروایه فالروایه تامه من ناحیه الاقتضاء فلو کنا نحن و هذه الروایه لم یکن مانع أمامنا من أن نفتی بجواز البیع و ربما یتوجه علی الروایه امور.

الاول ان المشهور لم یعملوا بمفاد الروایه فتسقط عن الحجیه.

و یرد علیه اولا- قد بینا انا لا نعلم أن المشهور لم یعملوا بها بل نعلم عملهم بها فان الشیخ (قدس سره) یقول: عدی المکاتبه المشهوره التی انحصر تمسک کل من جوزه فی هذه الصوره فیها.

و ثانیا علی فرض تسلیم اعراضهم فقد مر انه غیر مضر مضافا بانه یمکن ان یکون الاعراض عن الدلاله.

الثانی ان المستفاد من الروایه ان الامام علیه السّلام أمر ببیع حصته من الضیعه الموقوفه بقوله انی امره ببیع حصتی و الحال ان الوقف لا یجوز بیعه.

و فیه او لا یحتمل أن یکون المراد ان الامام علیه السّلام أمر ببیع خمس المال الموقوف له

بعنوان الخمس فيبيعه باذنه من جهه كونه ملكا له لا من جهه كونه وقفا له فلا يأمر ببيع خمس الوقف حتى يرد ما قيل.

و ثانيا انه على فرض تسليم أن صدر الروايه المتضمن لبيع الخمس ظاهره فى بيع خمس الوقف فنقول: يمكن أن يكون ذلك من جهه طر واحد مسوغات البيع فى الوقف من كون بقائه ماده للفساد و غير ذلک من مسوغات البيع.

و ثالثا انه على فرض تسليم أن هذه الجمله لا يمكن الالتزام بها فغايه الامر تكون مجمله و هذا لا يوجب سقوط اصل الروايه عن الحجيه بل لا بد من أن يعمل بالجملات الباقيه.

الثالث ان الروايه لم تذكر فيها الاعقاب فتكون داله على جواز بيع الوقف المنقطع، و الاصحاب قائلون بجوازه فى الوقف المؤبد دون المنقطع.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۷۸

و يرد عليه اولا ان الوقف المنقطع اما يكون أمرا مشروعا فالمحذور الذى يتوهم فى الوقف الدائم يجرى بعينه فى الوقف المنقطع لان المناط هو عدم جواز بيع الوقف لكونه منافيا للحقوق الثلاثه، فعلى فرض الصحه لا فرق بين الدائم و المنقطع، و اما يكون أمرا غير مشروع فيكون السؤال فى الروايه عن جواز بيع الوقف المؤبد لأن المفروض أن المنقطع ليس بوقف مشروع فى الشريعه الاسلاميه حتى يسئل عن حكمه.

و ثانيا سلمنا ان السؤال انما كان عن حكم الوقف المنقطع و لكن جوابه عليه السّلام مطلق فيؤخذ باطلاق جوابه و يحكم بجواز البيع منقطعا كان او دائميا لان المناط باطلاق الجواب لا بخصوص السؤال.

ان قلت: لا يمكن الالتزام باطلاق الروايه لاعراض المشهور عن العمل به قلت قد مر ان الاعراض عن السند لا يضر فكيف عن الدلاله.

الرابع ان المستفاد من

الروايه ان الوقف لم يقبضه الموقوف عليهم حيث ان العين كان بيد مالكها و جعلها وقفا ثم وقع الخلاف قبل القبض و الحال ان القبض شرط لتحقق الوقف فجواز بيعه فى المقام لا يدل على جواز بيع الوقف.

و فيه ان السؤال و جوابه كان عن حكم الوقف و كان الوقف متحققا بتحقق جميع اجزائه و شرائطه كما هو ظاهر الروايه. و لو لم يكن الوقف محققا بعدم تحقق اقباضه فلا بد للإمام عليه السّلام أن يتعرض لذلك لكونه فى مقام البيان و حيث انه عليه السّلام أجاب عن حكم الوقف من دون أن يتعرض بذلك يستكشف تحقق الوقف فى المقام هذا اولا.

و ثانيا لو لم يتحقق الوقف فلا معنى لتقسيم الثمن بين الموقوف عليهم لكون العين باقيه فى ملك الواقف فلا بد ان يكون الثمن أيضا مختصا به كما هو واضح.

الخامس ان مقتضى الروايه تقسيم الثمن بين البطن الموجود، و الحال أن البطون اللاحقه أيضا يستحقون له كما أنهم يستحقون العين الموقوفه فى طول

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۷۹

البطن الموجود و ان الفقهاء لم يفتوا بهذا النحو بل ذهبوا الى تعلق حق البطون اللاحقه أيضا بالثمن.

و يرد عليه اولا انه قيل بان الاكثر عملوا بها و أفتوا بمضمونها.

و ثانيا ان عدم عملهم لا يوجب أن يرفع اليد عن دلالتها.

و ثالثا ان السرّ فى تقسيم الثمن بين البطن الموجود يمكن أن يكون من جهه كون أمد الوقف منتهيا و لذا حكم الامام عليه السّلام بتوزيع الثمن بين البطن الموجود اذ لم يكن للبطون اللاحقه حق فيه لانتهاء أمد الوقف بالبطن الموجود و خامسا لو تسلم الخصم دلاله الروايه فلا وجه للإيراد عليها بل لا بد

من التسليم فى مقابلها و قبول مفادها بالتعبد

ان قلت: اذا كـان الوقف منقطعا فلا بـد أن يكون العين باقيه فى ملك الواقف بعـد انقطاع الوقف فلا وجه للتقسـيم بين الموقوف عليهم.

قلت: ان الوقف المنقطع على قسـمين القسم الاـول مـا يعتبر الواقف بقاء العين فى ملكه بعـد انقطاع الوقف، القسم الثانى ما يعتبر بقاء العين الموقوفه فى ملك البطن الاخير.

و بعباره واضـحه تاره يجعل الواقف العين الموقوفه ملكا للموقوف عليه مـده و الزائد على تلك المده يبقى فى ملكه و بعد انتهاء أمـد الوقف يكون الوقف ملكـا للواقف و اخرى يقف مـده و يجعـل العين فى ملك الطبقه الاخيره الى الابـد و فى هـذه الصوره خرج الوقف عن ملك الواقف فلا مقتضى لدخوله ثانيا لان الوقوف على حسب ما أوقفها اهلها.

السادس ان المستفاد من ظاهر الروايه ان الامام عليه السّلام أمر الاجنبى ببيع الوقف و الحال انه على فرض جواز بيعه لا بد ان يقع البيع من الموقوف عليهم، و اما الاجنبى فاجنبى عنه.

و الجواب عنه ان ابن مهزيار يسئل جواز بيع الوقف عن الامام من قبل الواقف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٨٠

فيمكن انه كان متوليا للوقف أيضا فعليه لا مجال لهذا النحو من الاشكال.

السـابع ان قوله ربمـا جـاء فى الاختلاـف تلف الاموال ظاهر فى أن احتمال تلف الاموال و النفوس كاف فى جواز بيعه و هـذا لم يلتزم به أحـد لان القائلين بجواز البيع انما يقولون به فى مورد العلم بادائه الى الخراب أو الظن به و اما مجرد الاحتمال فلا يترتب الاثر عليه.

و الجواب عنه اولا ان اعراضهم لا يوجب و هنا فى دلاله الروايه الا فى صوره القطع بخلافها.

و ثانيا نفرض ان

الجمله المـذكوره لاـ يمكن الالتزام بها لتسالم الفقهاء على خلافها لكن لا موجب لرفع اليـد عن باقى جملات الروايه و ان شـئت قلت: اذا لم يمكن أن نعمل باطلاقها لكن نعمل بالمقدار الممكن و نرفع اليد عن المقدار غير الممكن.

الثـامن ان الظاهر من قوله: «فانه ربما جاء فى الاختلاف تلف الاموال و النفوس» هو التعليل بما ان العله تعمم و تخصـص كما فى قولـك لا تاكل الرمان فانه حامض فيكون جواز البيع مقيـدا بالاختلاف الخاص و هو الـذى لا يؤمن معه تلف الاموال و النفوس، فيكون الـدليل أخص من المدعى لان المدعى جواز بيع الوقف فى صوره الاختلاف سواء جاء منه تلف الاموال و النفوس أم لا، و المسـتفاد من الروايه اختصـاص جواز البيع بمـا اذا جاء من الاختلاف تلف الاموال و النفوس، و هو موجب لجواز البيع و ان لم يكن الوقف منشأ للنزاع.

و الجواب عنه انـا لاـ نسـلم كون الجمله المـذكوره من الروايه ظـاهره فى العليه حتى يقال: ان المسـتفاد من الروايه ان الاختلاف الخاص مجوز للبيع فيكون الدليل أخص من المدعى بل هى ظاهره فى الحكمه عند العرف فعليه لا يرد عليها ما قيل.

و بعبـاره ملخصه ان مجى ء تلف الاـموال و الاـنفس من الاختلاف حكمه للحكم لا عله حتى تعمم و تخصـص لأنه كما بين فى محله ان الحكم ليس دائرا مدار الحكمه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۸۱

فى الوجود و العدم كما يكون ذلك فى العله فان الحكم الذى يكون معلولا لها يدور مدارها وجودا و عدما.

و اما الحكمه فليست كذلك مثلا ان اختلاط المياه الموجب لاشتباه النسل حكمه لوجوب العده على المرأه و ليس هذا الوجوب دائرا مداره و لذا

تجب العده على المرأه و ان كانت عقيمه و كذلك فى المقام فان تلف الاموال و النفوس حكمه لمشروعيه جواز البيع فيلتزم به بمجرد الاختلاف الناشئ عن الوقف و ان لم يلزم منه تلف الاموال

اذا عرفت ما ذكرنا فاعلم ان فى المقام صورا.

الصوره الاولى و هى صوره خراب العين بحيث لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينه كالحيوان المذبوح

فالمختار فى هذه الصوره من الوقف جواز بيعه لما قدمنا ان غرض الواقف انما كان حفظ ماليه العين و هو لا يحصل الا ببيعها بأن يشترى العين الاخرى قابلا للانتفاع بها.

الصوره الثانيه و هى صوره خراب العين بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به بحيث يصدق عرفا انه لا منفعه فيه كدار انهدمت فصارت عرصه

و قد بينا ان هذه الصوره لا ينبغى أن يبحث عنها استقلالا لان سقوطها عن الانتفاع بها اما يكون بحيث تلحق بالعدم عرفا فتدخل فى الصوره الاولى فيجرى فيها ما يجرى فيها، و اما لا يلحق بالعدم فتدخل فى الصوره الثالثه فيجرى فيها حكم تلك الصوره و على اى تقدير لا وجه لذكرها استقلالا.

الصوره الثالثه أن يخرب الوقف بحيث تقل منفعته، و لكن لا تبلغ الى حد العدم عند العرف،

فالحق فيها عدم جواز بيعه، لوجود المانع من ناحيه الشرع و من ناحيه الواقف، اما شرعا فلشمول الادله المانعه و هى كقوله: لا يجوز شراء الوقف و قد بينا تفصيله فراجع، و اما من ناحيه الواقف فلقوله: الوقوف على حسب ما اوقفها أهلها.

الصوره الرابعه أن يكون بيع الوقف أعود للموقوف عليهم

و قد التزمنا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۸۲

بعدم جواز بيعه بالنظر الى القاعده الاوليه الا ان مكاتبه «۱» الحميرى تدل على جواز بيعه كما بينا.

الصوره الخامسه أن يستدعى بيعه الضروره الشديده اللاحقه على الموقوف عليهم،

و قد بينا عدم جواز بيعه بالنظر الى القاعده الاوليه الا ان مكاتبه الحميرى «۲» تدل على الجواز.

الصوره السادسه أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجه

فانه تاره يعلق البيع على أمر و اخرى يشترط البيع و يفتح للموقوف عليه باب النقل و الانتقال بنحو الاطلاق، و قد بينا ما هو مقتضى النص الخاص و لا وجه للإعاده فراجع.

الصوره السابعه أن يؤدى بقائه الى خرابه علما أو ظنا،

و قد بينا أنه لا يجوز بيعه بالنظر الى القاعده لعدم المقتضى له قبل طرو المجوز فمجرد العلم بأنه سيطرأ المجوز لبيعه لا يفيد لجواز بيعه فعلا، و أما بالنظر الى النص الخاص فانه يدل على جواز بيعه اذا كان الوقف ماده للفساد.

الصوره الثامنه أن يقع الاختلاف بين الموقوف عليهم بحيث لا يؤمن معه تلف المال و النفس

و ان لم يعلم أو يظن بذلك فمقتضى القاعده الاوليه أعنى دليل حرمه بيع الوقف عدم الجواز و لذا لا مجرى لاستصحاب الحرمه مضافا بانه تعليقى نعم مقتضى أصاله عدم انتقال المال الى من انتقل اليه بالعقد هو عدم الجواز الا ان الروايه الوارده تدل على جواز بيعه لان المستفاد منها الحكمه فنلتزم به الا أن يقوم الاجماع التعبدى الكاشف عن رأى المعصوم على عدم الجواز.

الصوره التاسعه أن يؤدى الاختلاف الى ضرر عظيم من دون تقييد بكون الضرر خراب الوقف

---

(١)- الوسائل الشيعه، الجزء (١٣) الباب (۶) من أبواب الوقوف الحديث (٩).

(٢)- الوسائل الجزء (١٣) الباب (۶) من ابواب الوقوف الحديث (٩).

فلا بد من أن يقصد بانه ان كان الضرر هو الضرر النفسى أو المالى فيجوز بيعه و الا فبمجرد الضرر لا يحكم بجواز البيع الا أن يقال: بعد البناء على أن المستفاد من النص الحكمه فى الجعل لا العله كما مر يجوز البيع فان موضوعه وجود الاختلاف الناشى عن الوقف.

الصوره العاشره أن يلزم من بقائه فساد يستباح منه الانفس

فمقتضى القاعده عدم الجواز الا ان النص الوارد فى المقام يدل على جوازه.

فالمتحصل من جميع ما ذكرنا ان كل مورد ثبت مقتض للبيع من ناحيه الواقف او الشارع فنلتزم به و نقول: بجواز بيعه، و اما اذا شككنا فى جواز بيعه و عدمه فربما يتمسك باستصحاب عدم جواز بيعه و لكنه ممنوع لوجود الدليل اللفظى فى المقام و هو قوله لا يجوز شراء الوقف فاذا فرض عدم شموله للمقام للانصراف أو بالمعارضه فالمرجع حينئذ عموم قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الدال على جواز بيعه على القول بانه دليل الصحه اضافه على اللزوم و أيضا لا مانع من التمسك باطلاق حليه التجاره و لتوضيح الحال نقول: ان المقتضى لجواز البيع موجود فان المفروض ان البطن الموجود مالك للعين و المفروض أيضا عدم المانع.

اضف الى ذلك كله أن استصحاب عدم جواز البيع يكون تعليقيا لان مرجعه يكون الى انا نعلم بأن بيع الوقف قبل طرو الخراب لا يكون ممضى عند الشارع قطعا فبعد طروه نشك فى أنه ممضى عنده أم لا فيستصحب عدم كونه ممضى عنده و هذا هو الاستصحاب التعليقى و بعباره واضحه ان جريان الاستصحاب بأن هذا العين قبل عروض

العارض الفلانى كان بحيث لو بيع لم يكن جائزا و الان كما كان.

(فرعان)

الاول انه لا وجه للترديد فى جواز بيع الوقف بعد طرو المجوز لبيعه

بانه يكون ضررا على البطون اللاحقه على فرض أن يكون الثمن للبطن الموجود، و على فرض وضع الثمن عند الامين حتى يستفيد منه البطون اللاحقه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۸۴

فالبطن الموجود يكون متضررا و لو بيع و يشترى به بدل فأيضا يمكن أن لا يكون جائزا لاحتمال كون البدل أقل منفعه من الاصل و لكنك اذا تأملت فيما تقدم تعلم أنه لا وجه للترديد لان مع طرو مجوز البيع لا شبهه فى الجواز و ان كان البطون متضررين و مع عدمه لا يجوز بيعه فالجواز و عدمه دائر مدار وجود المجوز و عدمه و اما كون البطون متضررين أم لا فلا يكون دخيلا فى المطلوب.

الثانى انه اذا دار الامر بين صرف المنفعه فى عمران العين و بين اعطائه ها الموقوف عليهم حتى يصرفوا فى مصارفهم فما هى الوظيفه

الظاهر ان الواقف اذا اشترط و لو ارتكازا أن يصرف الثمن فى عمران الموقوفه فليعمل به و الا لا عطى الموقوف عليهم.

ان قلت اذا لم يصرف المنفعه فى عمران الموقوفه فهى تسقط عن الانتفاع بل تخرب رأسا قلت ان حفظ الوقف عن الخراب لا يكون واجبا على الموقوف عليهم بل يجوز لهم البيع أن يصرفوا ثمنها لأنفسهم بعد فرض عدم اشتراط الوقف صرف الثمن فى حفظ العين الموقوفه. هذا تمام الكلام فى الوقف المؤبد.

و يقع الكلام فى الوقف المنقطع

اشاره

و الذى ينبغى فى المقام ان يقع الكلام فى مقامين، الاول فى صحه الوقف المنقطع و عدمها، الثانى فى جواز بيعه و عدمه، و لا يخفى ان البحث فى المقام الثانى متفرع على اثبات صحه الوقف المنقطع و اما على القول ببطلانه فلا مجال للبحث الثانى أصلا.

اما المقام الاول [فى صحه الوقف المنقطع و عدمها]

فما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه بطلان الوقف المنقطع أمور.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٨٥

الامر الاول قيام الاجماع على بطلانه.

و الجواب عنه ان الاجماع لا يكون حجه لا سيما فى المقام لكونه محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعه.

الامر الثانى ان الوقوف الصادره من الائمه كانت أبديه فعليه لا يصح الوقف المنقطع لكونه على خلاف فعل المعصوم عليه السّلام.

و فيه اولا انا لا نسلم كون الوقوف الصادره عن المعصومين عليهم السلام كلها ابديه و عدم صدور الوقف المنقطع منهم فدون اثباته خرط القتاد، و بعباره اخرى غايه ما فى الباب عدم العلم بصدور الوقف المنقطع منهم و عدم العلم اعم من- المدعى.

و ثانيا ان صدور الوقف الدائمى منهم (ع) لا يكون دليلا على عدم جواز غيره فلا بد من ملاحظه عموم اقتضاء دليل الصحه و خصوصه.

الامر الثالث ان التأبيد اشرب فى حقيقه الوقف فالانقطاع خارج عن حقيقته فلا يمكن الالتزام به.

و فيه انا قد بينا ان الوقف عباره عن تحبيس العين و تسبيل الثمره و ان شئت فعبر انه عباره عن ايقاف العين عن الحركه الاعتباريه و اما التأبيد او الانقطاع فكلاهما خارجان عن حقيقته فتحصل أن الوجوه التى ذكروها لبطلان الوقف المنقطع لا يمكن المساعده عليها، و لا بدلنا أن نبحث من الدليل فى المقام فاذا كان الدليل قائما على صحته يلتزم به و لا

يلزم منه محذور ابدا، فنقول ان الوقف المنقطع على قسمين.

الاول ان الواقف يقف الدار مثلا للموقوف عليه المعين بمده عشر سنواه مثلا.

الثانى أن يقف على من يعلم انقراضهم بعد مده، اما القسم الاول فالذى يظهر من كلمات الفقهاء انهم تسالموا على بطلانه قال السيد فى ملحقات العروه هو المدعى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۸۶

عليه الاجماع فى كلمات جماعه و لا خلاف بينهم فى بطلانه كما عن ظاهر جامع المقاصد و المسالك و عن الغنيه و المختلف و السرائر و الجواهر دعوى الاجماع عليه الى غير ذلك من الكلمات فراجع و هذه الاجماعات محل نقاش و هذا القسم خارج عن محل البحث.

و اما القسم الثانى و هو الوقف على من ينقرض فمقتضى التحقيق ان يقال:

بصحه هذا القسم من الوقف المنقطع لعدم ثبوت التسالم من الفقهاء على خلافه و شمول ادله الوقف بالنسبه اليه بعد فرض أن الواقف انشأ الوقف بهذا النحو فلا مقتضى للقول: بانه لا يكون وقفا بل يكون حبسا لأنه لم يكن مقصودا للواقف و لم ينشئه، و بانشاء صيغه الوقف لا يمكن اثبات الحبس اذ الوقف و الحبس أمر ان متغايران من حيث الماهيه فان الوقف عباره عن تمليك العين على الوجه المخصوص، و اما الحبس فهو عباره عن تمليك المنفعه فالفرق بينهما كالفرق بين البيع و الاجاره هذا اولا.

و ثانيا انه تدل الروايات الخاصه على صحته كما يظهر ذلك من روايتين الاولى ما رواه على بن مهزيار قال: قلت: له روى بعض مواليك عن آبائك (عليهم السلام) ان كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثه و كل وقف الى غير وقت جهل مجهول فهو باطل على الورثه و انت

أعلم بقول آبائک (ع) فکتب علیه السّلام هکذا هو عندی «۱»

و هذه الروایه تدل علی أن کل وقف الی وقت معلوم فهو واجب و صحیح و من الواضح أن أمد الوقف یکون بانقراض الورثه فهو معلوم بعنوانه.

(الثانی) مکاتبه محمد بن الحسن الصفار قال کتبت الی أبی محمد علیه السّلام اسأله عن الوقف الذی یصح کیف هو فقد روی ان الوقف اذا کان غیر موقت فهو

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۳) الباب (۷) من أبواب الوقوف و الصدقات الحدیث (۱)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۲۸۷

باطل مردود علی الورثه، و اذا کان موقتا فهو صحیح ممضی قال قوم: ان الموقت هو الذی یذکر فیه انه وقف علی فلان و عقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء و المساکین الی أن یرث اللّه الارض و من علیها و قال آخرون هذا موقت اذا ذکر انه لفلان و عقبه ما بقوا و لم یذکر فی آخره للفقراء و المساکین الی ان یرث اللّه الارض و من علیها و الذی هو غیر موقت أن یقول هذا وقف و لم یذکر أحدا فما الذی یصح من ذلک و ما الذی یبطل فوقع علیه السّلام الوقوف بحسب ما یوقفها إن شاء اللّه «۱».

و لا یخفی ان سند الشیخ الی الصفار فی المشیخه ضعیف، و لکن لا یبعد أن یکون معتبرا فی الفهرست فانه یروی عن المفید عن الصدوق عن محمد بن حسن الولید عن الصفار و المستفاد منها ان الواقف کان اختیار الوقف بیده فله أن یقف العین علی نحو التأبید و له أن یقف علی نحو الانقطاع و یکون ممضاه عند الشارع مطلقا.

فتلخص مما ذکرنا صحه الوقف المنقطع بالمعنی الثانی

[المقام الثانی فی جواز بیعه و عدمه]

و بعد الفراغ عن

صحه هذا القسم يقع الكلام فى جواز بيعه و عدمه.

فنقول: ان الواقف تاره يبقى العين الموقوفه باقيه فى ملكه بانه لا يخرجها عن ملكه إلا مده الوقف و أما ما زاد عنها فيبقيها فى ملكه، و اخرى يملكها للموقوف عليهم ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند انقراضهم، فعلى الاول تاره يكون متصدى البيع الموقوف عليهم و اخرى يكون المتصدى هو نفس الواقف فان كان المتصدى هو الموقوف عليهم فلا يجوز بيعه لعدم المقتضى اولا لأنه يشترط فى صحه البيع أن يكون أمر المبيع بيد البائع، و ليس فى المقام كذلك لان المفروض بقاء العين فى ملك الواقف بعد انقراض الموقوف عليهم فلا مقتض لصحه البيع.

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۳) الباب (۷) من احكام الوقوف و الصدقات، الحديث (۲)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۸۸

و ثانيا لوجود المانع لان الادله المانعه عن شراء الوقف تشمل المقام أيضا كقوله: لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملك هذا اذا كان البائع الموقوف عليهم.

و اما اذا كان متصدى البيع هو الواقف فايضا نقول: بعدم جواز بيعه، أما اولا فلشمول قوله عليه السّلام لا يجوز شراء الوقف فانه باطلاقه يدل على عدم جواز بيع الوقف حتى فى صوره كون البائع نفس الواقف.

و ثانيا ان كان مراده من قوله: بعت هذا الدار مثلا وقوع البيع فى الحال الحاضر فيلزم منه بيع ملك الغير لعدم كون الواقف مالكا له قبل انقراض الموقوف عليهم و ان كان مراده وقوع البيع بعد انقراضهم فهذا تعليق فى البيع و يكون مبطلا بالإجماع فتحصل ان البيع لا يجوز فى هذه الصوره.

و ربما يستدل على عدم جواز بيع الواقف بلزوم الغرر لعدم العلم

بانقراض الموقوف عليهم فيكون وقت استحقاق التسليم مجهولا و اما بطلان البيع الغررى فهو أمر واضح.

و فيه اولا- لقائل أن يقول: ان المراد من البيع الغررى معناه الاسم المصدرى بمعنى أن المبيع اذا كان غرريا فيكون البيع باطلا و فى المقام ان المبيع لا يكون غرريا لكونه معلوما للطرفين و انما المجهول وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به.

و ثانيا ان أبيت عن ذلك و قلت ان العرف يرى هذا البيع غرريا فنقول: ان الدليل أخص من المدعى لإمكان العلم بانقراضهم فى بعض الموارد عاده كالعلم بان الموقوف عليه يكون عقيما فلا- يكون وقت التسليم مجهولا على الاطلاق حتى يقال انه غررى دائما نعم فى بعض الموارد يكون غرريا و لكن المدعى اعم من ذلك و الاخص لا يكون دليلا للأعم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٨٩

و ثالثا ان الغرر انما يكون بمعنى الخطر و اذا علم المشترى بان العين متى وصل اليه يكون رابحا و ان لم يعلم وقت وصوله تعيينا فلا يصدق عليه انه خطرى.

و رابعا انه لا- دليل على بطلان البيع الغررى لان ما يدل عليه ما رواه الصدوق و قد نهى رسول اللّه عن بيع المضطر و عن بيع الغرر «١»

و هذه الروايه لها طرق ثلاثه، و هذه الطرق و الاسانيد مذكوره فى باب اسباب الوضوء من كتاب طهاره الوسائل فراجع، الا ان كلها مخدوش لان فى بعض الطرق احمد بن عامر و فى بعض آخر ابراهيم بن هاون و فى بعض آخر داود بن سليمان فلا يمكن الاستدلال بهذه الروايه لسقوطها عن الحجيه فلا يكون دليلا على بطلان البيع الغررى هذا تمام الكلام الى هنا.

و اما على الثانى و

هی صوره تملیک الواقف العین الموقوفه من ورثه الموقوف علیهم بعد انقراضهم فتاره یکون المتصدی للبیع الطبقه الاولی او الوسطی، و اخری یکون المتصدی الطبقه الاخیره و علی کلتا الصورتین فمقتضی القاعده الاولیه عدم الجواز لعموم قوله: علیه السّلام لا یجوز شراء الوقف و لکونه منافیا لجعل الواقف لأنه جعله واقفا عن الحرکه الاعتباریه، و الشارع أیضا امضاه و البیع ینافیه.

و ربما استدل علی جواز البیع بصحیحه ابن نعیم عن أبی الحسن موسی (ع) قال سألته عن رجل جعل دار سکنی لرجل أیام حیاته او جعلها له و لعقبه من بعده هل هی له و لعقبه من بعده کما شرط قال نعم قلت له فان احتاج یبیعها قال: نعم قلت فینقض بیع الدار السکنی قال لا ینقض البیع کذلک سمعت أبی یقول. قال ابو جعفر قال لا ینقض البیع الاجاره و لا السکنی و لکن تبیعه علی ان الذی اشتراه لا یملک ما اشتری حتی تنقضی السکنی کما شرط و کذا

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۴۰) من أبواب آداب التجاره، الحدیث (۳)

الاجاره قلت فان رد علی المستأجر ماله و جمیع ما لزمه من النفقه و العماره فیما استأجر قال علی طیبه النفس و رضا المستأجر بذلک لا باس «۱»

و التأمل فی الروایه یقتضی أن یقال بأنها أجنبیه عن الدلاله علی جواز بیع الوقف لأنها تدل علی جواز بیع الدار التی جعلت للسکنی و هو عنوان مستقل فی الفقه و لا ربط له بباب الوقف اصلا هذا تمام الکلام فی الوقف الحمد للّه اولا و آخر.

[الکلام فی بیع الرهن]

[الکلام فی ما یرجع إلی بیع الراهن]

[الکلام فی الأدله التی أقیمت علی صحه بیع الراهن العین المرهونه]

هل یجوز بیع الرهن للراهن بالاستقلال من دون ان یکون محتاجا الی الاجازه المتأخره

اولا- يجوز بيعه اصلا فيقع باطلا من اصله و لا تكون الاجازه المتأخره موجبه لصحه ما هو باطل او يكون جواز بيعه متوقفا على الاجازه المتأخره بان يكون له صحه تأهليه فبلحوق الاجازه يكون مؤثرا فى النقل و الانتقال و المسأله خلافيه بين الاعلام.

و الذى يوافق التحقيق هو القول الاول لوجود المقتضى لان امر المبيع انما يكون بيد الراهن لكونه مالكا له فيشمله ادله امضاء البيع كقوله احل اللّه البيع و غيره من العمومات و الاطلاقات و اما المانع فربما ذكر فى المقام وجوه الا انها لا تصلح للمانعيه و ستطلع عليها إن شاء اللّه و نحن نذكرها و نجيب بعون اللّه و توفيقه فنقول.

الاول انه ربما استدل بقيام الاجماع على عدم جواز بيع المرهون و فيه اولا انا قد بينا فى الاصول عدم قيام الدليل على حجيه اجماع المنقول. و اما المحصل منه فغير حاصل.

---

(۱)- وسائل الشيعه، الجزء (۳) الباب (۲۴) من أبواب احكام الاجاره، الحديث (۳)

و ثانيا انه على تسليم حجيته لا يكون حجه فى المقام لكونه محتمل المدرك ان لم يكن مدركه معلوما او مظنونا.

الثانى ما ارسل «۱» عن النّبىّ صلى اللّه عليه و آله الراهن و المرهون ممنوعان عن التصرف و هكذا ذكر فى المستدرك و لعله سهو من الناسخ و الصحيح ان يقال و المرتهن أو المرهون عنده و هذه الروايه لإرسالها غير قابله للاستناد لا يقال ان النبوى و ان كان ضعيفا بارساله الا ان المشهور عملوا بمضمونه لأنا نقول قد سبق منا غير مره ان عمل المشهور لا يكون جابرا لضعف الروايه كما ان اعراضهم لا يوجب و هنها.

الثالث انه غررى لا

مكـان عـدم اقـدار الراهن اداء دينه مثلا فيبيع المرتهن العين المرهونه. و يكون البيع الغررى باطلا. و فيه انه قـد ذكرنا سابقا عـدم الدليل على بطلان البيع الغررى هذا اولا.

و ثانيا انه لا يلزم منه الغرر لان للمشترى أن يأخذ حقه عن البائع فى صوره بيع المرتهن العين المرهونه.

ان قلت انه لا شبهه فى كون المبيع على هذه الكيفيه المخصوصه مع ما فيه من النزاع عاده ناقصا.

قلت و لو سـلمنا ذلك و لكنا لا نسـلم بطلانه بل نقول ان كان المشترى عالما بذلك و أقدم عليه عالما به فلا بد ان يلتزم بلوازمه و ان كان جاهلا به فله الخيار.

فتخلص ان المقتضـى للصـحه موجود و الموانع المذكوره لا تصلح للمانعيه فيكون بيعه جائزا و اذا أغمضنا عن القول الاول و قلنا بعـدم جـواز بيعه اسـتقلالا تمسـكا بقـوله: الراهن و المرتهن ممنوعـان عن التصـرف او من جهه اخرى من الوجوه المـذكوره هل يكون بيعه باطلا من أصله و لا يكون الاجازه اللاحقه مؤثره فى صحته كما هو القول الثانى اوله صحه تأهليه فيكون مؤثرا بلحوق الاجازه به كما هو القول الثالث، الحق هو التفصيل فان المدرك للبطلان ان كان هو النبوى فلا اثر للإجازه

---

(۱)- مستدرك الجزء (۲) ص ۴۹۶

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۹۲

فيكون البيع باطلا لان المستفاد منه بطلان بيع العين المرهونه لممنوعيه تصرف الراهن و المرتهن فيه و بعد وقوعه باطلا لا ينقلب الى الصحه باجازه متأخره لان الشى لا ينقلب عما هو عليه.

ان قلت أ ليس الفضولى ممنوعـا من التصـرف بمقتضـى قوله: لاـ تبع مـا ليس عنـدك و الحـال انه ذهب القوم الى تـأثير الاجازه اللاحقه فيه.

قلت انه اولا انا ناقشنا فى

صحه البيع الفضولى أيضا و قلنا بعدم قيام الدليل على صحته.

و ثانيا ان قياس المقام بالفضولى قياس مع الفارق لان معنى قوله لا تبع ما ليس عندك عدم جواز بيع غير المالك لنفسه، و اما البيع للمالك فلا يشمله هذا الدليل كما عليه الاستاذ و المدعى ان المجيز باجازته ينسب البيع الواقع الى نفسه فالبائع هو المالك بلا محذور فى بيعه و كان بيع الفضولى بعد الاجازه يكون بمنزله قول البائع بعت دارى من زمان العقد فان المالك باجازته العقد الصادر من الفضولى باع ملكه من حين العقد و لذا ذهب جماعه الى الكشف الحكمى و جماعه الى الكشف الانقلابى.

ان قلت لو اغمض عن الروايه و قيل بان مقتضى الاجماع التعبدى الكاشف عن رأى المعصوم بطلان البيع قبل صدور الاجازه، فكيف يكون صحيحا بعده فاذا شككنا بعد حصول الاجازه فى صحته يستصحب المتيقن السابق و هو بطلان البيع، و بعباره اخرى لا يمكن الالتزام بالصحه مع الاجازه حتى على فرض الاغماض عما ذكر اذ بعد قيام الاجماع على البطلان قبل الاجازه يكون المرجع بعد الاجازه استصحاب حكم المخصص فلا اثر لدليل صحه البيع اطلاقا و عموما.

قلت: ان المقام فى صوره الشك بعد حصول الاجازه يكون من صغريات النزاع المعروف بين الاصوليين بان المحكم هو عموم العام او استصحاب حكم المخصص و قد اخترنا فى محله و اشبعنا الكلام فيه ان عموم العام سواء كان عمومه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۹۳

مجموعيا او استغراقيا محكم و لا مجال لاستصحاب الحكم المخصص فعليه اذا علمنا بالإجماع خروج صحه البيع عن عموم الادله قبل اجازه المرتهن فانه باطل قطعا و شككنا فى ذلك بعد حصول الاجازه يكون عموم

العام مقدما على استصحاب الحكم المخصص فيكون البيع صحيحا بالادله الداله على صحه البيع كقوله: أحل اللّه البيع و تجاره عن تراض.

فالعمده فى مدرك البطلان اطلاق دليل المنع المستفاد من الروايه لكن الاشكال فى سندها، و كذلك لو كان المدرك حديث نفى الغرر، و اما ان كان المدرك للفساد الاجماع فالحق الصحه بعد الاجازه اذا لقدر المتيقن من الاجماع ما قبل الاجازه، و استدل على صحه بيع العين المرهونه بوجوه.

الاول انه يستفاد صحه بيع العين المرهونه من صحه البيع الفضولى بالاولويه لان بيع الفضولى يكون صادرا عن غير مالكه و فى المقام صدر البيع عن المالك فاذا كان البيع الصادر عن غير مالكه بالاجازه صحيحا يكون بيع المالك العين المرهونه صحيحا بطريق أولى لصدوره عمن بيده الامر، و اورد عليه المحقق الايروانى بانا لا نسلم الاولويه فى المقام لقيام احتمال أن يكون حق المرتهن كحق أم الولد موجبا لفساد البيع، و مجرد الملك هنا دون الفضولى لا يوجب أولويه المقام بالصحه فلعل تعلق حق الغير يكون مانعا عن صحته.

و يرد عليه انه لا يحتمل أن يكون حق المرتهن كحق أمّ الولد للعلم بان حق أمّ الولد حكم الهى مانع عن صحه البيع فلا يكون صحيحا بعد بطلانه بالاجازه، و لا مورد للإجازه كما هو ظاهر، بخلاف حق المرتهن فان مانعيته تسقط باجازته، و لذا لو أجاز قبل البيع او حينه كان صحيحا بالاتفاق.

و التحقيق أن يقال: ان الفضولى اما صح بيعه بالادله العامه كقوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غيره من العمومات فعليه لا مجال لدعوى الاولويه فى المقام لان المقتضى للصحه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۹۴

موجود فى الفضولى و المانع مفقود بعد اجازه المالك.

و بعباره

اخرى يصدق على اجازه المالك عنوان البيع و العقد و التجاره و اما فى المقام فحق المرتهن مانع عن صحه بيع الراهن الذى هو البائع فلا يجوز قياس أحدهما بالاخر، هذا على مسلك القوم من صحه الفضولى.

و أما على مسلكنا من عدم صحته فلا موضوع للأولويه و عدمها كما هو ظاهر و اما بالادله الخاصه كروايه عروه البارقى و غيرها فقد ناقشنا فيها مفصلا هذا بالنسبه الى الادله العامه، و أما الروايات الوارده فى النكاح فقد عرفت ما قلنا فيها بان النكاح فيمكن ان يكون له خصوصيه و هو عدم رضاء الشارع باشاعه الفحشاء، و اهتمامه بالاعراض فانه يقتضى أن يحكم بصحه ما وقع من النكاح و لا وجه للتعدى منه الى مقام آخر لمنع الاولويه المدعاه كما قدمنا تفصيله سابقا فى باب ولايه الاب و الجد.

الثانى ان ظاهر عطف المرتهن على الراهن فى قوله صلى اللّه عليه و آله: (الراهن و المرهون كلاهما ممنوعان عن التصرف، يدل على صحه بيع العين المرهونه، توضيحه ان بيع المرتهن يكون جائزا باجازه الراهن بالاتفاق فظاهر وحده السياق و عطف المرتهن على الراهن يقتضى جواز بيع الراهن أيضا.

و يرد عليه- ان النبوى اما يسقط عن الحجيه لإرساله كما هو الحق فيكون بيع العين المرهونه صحيحا على القاعده كما مر، و اما لا يسقط عنها كما ذهب اليه المشهور من جبران ضعف الروايه بعمل المشهور فلا وجه للجواز، و مجرد العلم بان المرتهن يجوز بيعه مع الاجازه لا يكون دليلا لان يكون بيع الراهن أيضا كذلك فاطلاق الروايه يدل على عدم جواز بيعها مطلقا، الا أنه يرفع اليد عن اطلاق الروايه بالنسبه الى المرتهن لكون جواز بيعه من الواضحات،

و مجرد اتحاد السياق ما لم يبلغ الى حد الظهور لا يوجب رفع اليد عن الاطلاق.

لا يقال ان الجمهور من المتأخرين لم يعلموا بهذه الروايه فتكون موهونه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۹۵

بمصيرهم الى خلافها.

لأنا نقول: لو اغمضنا عن ضعف الروايه لكونها مرسله لا يبقى مجال لهذا الاشكال لان اعراض القدماء لا يكون موهنا لحجيه الروايه بعد شمول ادله الحجيه فضلا عن اعراض المتأخرين، مع أن القائلين بان عمل المشهور جابر، لضعف الروايه أو اعراضهم يكون موهنا لها يعنون به عمل مشهور القدماء و اعراضهم و اما عمل المتاخرين و اعراضهم فلا اثر لهما.

الثالث ان قوله: الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف ناظر الى المنع عن التصرف الاستقلالى، و اما التصرف الذى تليه الاجازه فلا تشمله الروايه المانعه.

و فيه انه لا وجه لرفع اليد عن اطلاق الروايه فانه يشمل التصرف الاستقلالى و غيره أيضا نعم ثبت من الخارج ان المرتهن يجوز بيعه بالاجازه الا انه لا يوجب رفع اليد عن اطلاق الروايه بالنسبه الى الراهن كما قدمنا آنفا.

الرابع ما رواه فى الوسائل باب نكاح العبيد و الاماء حيث حكم عليه السّلام بصحه نكاح العبد بالاجازه معللا بانه لم يعص اللّه و انما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز «۱» و من المعلوم ان المراد من العصيان مخالفه الحكم الوضعى فالمستفاد منه ان كل عقد كان النهى عنه لحق الادمى يرتفع المنع بحصول الاجازه، و اما اذا كان النهى لحق اللّه تعالى لا يصح العقد بارتفاع المانع كما لو ارتفع الغرر عن العقد الغررى بعد البيع، فيدل عموم التعليل المذكور فى الروايه على صحه كل معامله متوقفه على اجازه آخر عند تعقبها باجازه من يعتبر

اجازته.

و اورد عليه صاحب المقابيس بان التعليل المستفاد من الروايه جار فيمن لم يكن مالكا لان العبد المملوك لا يقدر على شى ء بل كل على مولاه فاذا كان العقد صادرا ممن ليس الامر بيده و لم يكن فيه عصيان اللّه فهو يصح بلحوق الاجازه المتأخره،

---

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (١۴) من ابواب نكاح العبيد و الاماء

و لا يمكن تسريته الى ما كان أمر البيع بيده كما فى المقام فان الراهن يكون مالكا للمبيع.

و يرد عليه ان الظاهر المستفاد من الروايه ان منشأ الفساد عصيانه تعالى، و اذا لم يكن فيه ذلك يصح البيع بلا فرق فى ذلك بين مورد يكون أمر المبيع بيد البائع أم لا.

و التفصيل بينهما على ما ذهب اليه صاحب المقابيس يكون على خلاف اطلاق الروايه.

و الذى يقتضيه التحقيق ان يقال: ان التعدى بعموم العله لا بد فيه من التحفظ على الموضوع فانه اذا قال المولى: لا يجوز للمحرم أن يلبس قلنسوه لأنه مخيط يفهم من هذا عدم جواز لبس المخيط للمحرم قلنسوه كانت او غيرها، و اما غيره فهل يجوز له لبس المخيط أم لا فلا يستفاد من عموم العله عدم جوازه لأنه لم يتحفظ على الموضوع و كذلك لو قال: لا تأكل الرمان فانه حامض يحكم بعموم العله على عدم جواز أكل الحامض مطلقا رمانا كان او غيره، و لكنه لا يستفاد منه عدم جوار التدهين بالحامض أيضا.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان الحكم المذكور فى الروايه نفوذ نكاح العبد باذن سيده، و العله المذكوره للنفوذ عصيان العبد سيده، و عدم عصيانه للّه سبحانه و تعالى فيكون مرجع القضيه الى ان العبد اذا نكح بلا اذن

مولاه فنفوذ نكاحه يتوقف على اذن مولاه، فاذا أجاز المولى يصح العقد، لأنه لم يعص اللّه حتى لا يكون اجازه المولى مؤثره فى صحه عقده، فالموضوع فى القضيه ليس العصيان المطلق حتى يدل على صحه ما صدر عن غير العبد بحيث يؤثر العله كلما تحققت، بل المستفاد من القضيه ان العبد كلما يصدر عنه مما يحتاج الى اجازه سيده سواء كان نكاحا او غيره فهو صحيح باجازه السيد.

و ان أبيت عن هذا الاستظهار فلا أقلّ من الاجمال و عدم الجزم بالاطلاق فلا وجه للجزم بكون العله للبطلان مجرد معصيه اللّه، و الموجب للصحه مجرد كونه حقا الهيا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۹۷

هذا تمام الكلام فى الادله التى اقيمت على صحه بيع الراهن العين المرهونه،

[الكلام فى الأدله التى اقيمت على عدم صحه بيع الراهن العين المرهونه]

و ربما استدل على بطلان البيع، و عدم تصحيحه بالاجازه المتأخره و لا يخفى ان كلا الوجهين مبنيان على القول بالكشف فى باب الاجازه.

(الوجه الاول) ان الاجازه المتأخره اذا كانت مؤثره فى صحه البيع للزم انتقال المبيع الى المشترى حال كونه متعلقا لرهن المرتهن فيلزم أن يكون مال غير الراهن و هو المشترى رهنا للمرتهن، و هذا خلاف الفرض.

الوجه الثانى ان البائع لم يكن له أن يبيع العين المرهونه قبل اجازه المرتهن و انما له ذلك بعد الاجازه فعلى القول بالصحه يدخل المقام فى باب من باع شيئا ثم ملك.

اقول: اما الجواب عن الوجه الاول فعلى ما سلكناه و قلنا بصحه البيع من دون أن يكون متوقفا على الاجازه فالامر واضح لأنه على هذا لا مجال لهذا البحث أصلا، و اما اذا قلنا بعدم صحه البيع تمسكا بقوله الراهن و المرتهن كلاهما ممنوعان و أغمضنا النظر عن ضعف الروايه فالاجازه

لا تكون مصححه له بعد بطلانه كما هو واضح.

و اما اذا قلنا بالصحه التأهليه للبيع و عليه فان اخترنا فى باب الفضولى كون الاجازه ناقلا كما هو المختار فالامر واضح، لأنه على هذا تكون العين منتقله الى ملك المشترى حين الاجازه منفكه عن الرهنيه فلا يلزم أن يكون مال المشترى رهنا للمرتهن.

و اما اذا قلنا بالكشف الحقيقى فى الفضولى فنقول ان الاجازه المتأخره تكشف عن بطلان الرهن حين صدور العقد من البائع فلا يلزم محذور على هذا أيضا.

اضف الى ذلك كله ان هذا ليس اشكالا مختصا بالمقام بل هو عين الاشكال الوارد على القول بالكشف الحقيقى الا انا فى فسحه من ذلك حيث انكرنا كون الاجازه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۹۸

كاشفه حقيقه بل قلنا: - فيه بالنقل كما مر تفصيله.

و اما الجواب عن الوجه الثانى و هو قوله: ان المقام يندرج فى باب من باع ثم ملك ففيه اولا انا لا نسلم كون المقام داخلا فى القاعده المذكوره لكون البائع مالكا للمبيع حين البيع و انما يمنعه عن البيع تعلق حق المرتهن به بخلاف مورد القاعده فانها تنطبق على من باع الشى ء الذى لم يكن مالكا حين البيع و انما صار مالكا له بعد ذلك فالفرق بين المقامين أوضح من أن يخفى.

و ثانيا أن اندراج بيع الراهن فى باب من باع شيئا ثم ملك انما يتم اذا تعقب البيع بفك الرهانه او باسقاط المرتهن حقه او بأداء الراهن دينه فانه يدخل فى باب من باع شيئا ثم ملك، و اما المقام فليس كذلك لان الكلام فى اجازه المرتهن بعد بيع الراهن العين المرهونه، و هذا (نظير البيع الصادر عن الفضولى الذى اجازه المالك، و

الفرق بين اجازه المرتهن بيع الراهن و بين اسقاط حقه واضح اذ الاول اجازه منه لبيع الراهن المستلزم لسقوط حقه و اما الثانى فاسقاط لحقه فيكون من قبيل من باع شيئا ثم ملك هذا تمام الكلام فى الجهه الاولى و هى ما يرجع الى بيع الراهن

و اما اجازه المرتهن فيقع الكلام فيها من جهات.

الجهه الاولى ان الاجاره سواء كانت ناقله، او كاشفه هل هى شرط لنفوذ عقد الراهن

ليترتب عليه سقوط حقه او أنه اسقاط لحقه قولان:

و لقائل أن يقول بعدم تأثير الاجازه فى بيع الراهن لا كشفا و لا نقلا بل مرجع اجازته الى اسقاط حقه لان الاجازه تؤثر فيما كان المجيز بعد الاجازه ممن كان مخاطبا بخطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و هذا المعنى انما يتحقق فيما اذا كان المجيز اما مالكا او كان ممن بيده الامر فيما ان امر المبيع بيده و هو مختار فى الرد و الاجازه فبعد اجازته يكون ممن خوطب بخطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و يكون العقد منتسبا اليه و اما المرتهن فليس الامر بيده و لا يكون مالكا له فاذا اجاز لا يصير عقد الراهن منتسبا اليه باجازته

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۲۹۹

نعم انما المبيع متعلق حقه فله اسقاط حقه، و اما تنفيذ العقد فليس له ذلك.

و لا يخفى عليك ان هذا القول مبنى على مذاق القوم القائلين بالصحه التأهليه فى العقد و احتياجه الى الاجازه، و اما على المختار فالعقد اما باطل رأسا او صحيح فلا احتياج بالاجازه كما عرفت و عليه فلا يسع المجال لهذا البحث لكن مع التنزل عن المسلك نقول: يرد فيه نقضا و حلا.

اما النقض فبما اذا اجاز المرتهن حين العقد أ فلا تؤثر هذه الاجازه فى نفوذ العقد و لم يذهب احد بان الاجازه حين العقد يكون اسقاطا لحق الرهانه و لذا لو اجاز المرتهن بيع

المرهون فصار الراهن منصرفا عن بيعه بعد الاذن هل يتوهم احد بطلان الرهن فی هذه الصوره، و الحال انه لو كان مرجع اجازته الی اسقاط حقه فللخصم أن یلتزم ببطلان الرهن باجازه البیع و لو انصرف عن بیعه بعد الاجازه و هو لا يرضی بهذا اللازم.

و ثانيا انه لم يقم دليل من الايه او الروايه او غيرهما علی ان الاجازه لا بـد أن تصدر ممن یکون مخاطبا بخطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بل یتوقف صـحه العقـد علی اجـازه من یکون اجـازته دخیله بـای وجه کـان و الحق أن یقال: ان اجازه المرتهن تنفیـذ لعقـد الراهن فیترتب علیها سقوط حقه، و لا یعتنأ بقول: من التزم بانحصار الاجازه بالمالك و بمن کان مخاطبا بخطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

الجهه الثانيه انه هل الاجازه كاشفه او ناقله

لا یخفی انه لو قلنا بالنقل فی الفضولی لنقول به فی المقام أیضا بلا فرق فی ذلک بین المقامین.

و اما اذا قلنا بالكشف فتاره نقول به علی القاعده بان يكون المستفاد من القاعده الاوليه هو الكشف فأيضا لا فرق بین المقامین.

و اما اذا قلنا بان مقتضـی القاعده الاوليه هو النقل الا ان الكشف یستفاد من النصوص الخاصه فلا یمکن التعدی الی المقام خلافا للشیخ (قدس سره) حیث أفاد

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۰۰

مـا حاصـله بـانه لو قلنـا بالكشف فی الفضولی كما هو ظاهر بعض الاخبار الوارده فی نكاح الصـغير لنقول به فی المقام بالاولويه لانهدام رکن العقد فی الفضولی لان من صدر عنه العقد و هو البائع لم یکن مالکا للمبیع فاذا حکم الشارع هناک بالکاشـفیه مع عدم المقتضی یحکم علیها هنا بالفحوی لان المقتضی موجود فی المقام و انما الاجازه تکون من قبیل رفع المانع.

و یرد علیه اولا انه لو

كان الفضولى باطلا على القاعده و انما خرجنا عنها فى بعض الموارد بالنصوص فلا يمكن التعدى الى غيرها، فان الروايه الداله على صحه نكاح صغيرين يمكن أن يكون الوجه فيه وجود خصوصيه فى النكاح من اهتمام الشارع به تقليلا للفحشاء فلا يمكن التعدى عن مورده الى مقام آخر كما عرفت.

و ثانيا انا لا نسلم الاولويه المدعاه فى المقام لان العقد الفضولى صدر عن الاجنبى كمسأله نكاح العبد، و اما مسئله بيع الراهن فان العقد صدر من البائع فلا وجه لتسريه الحكم الثابت فى موضوع الى موضوع آخر لاشتراط اتحاد الموضوع فى مفهوم الموافقه و ليس فى المقام كذلك.

ان قلت اذا حكم الشارع بكاشفيه الاجازه فى مورد عدم المقتضى ليحكم بها فى صوره وجوده بطريق اولى كما ان الامر كذلك فى العلل التكوينيه قلت لا يقاس الاسباب الشرعيه بالاسباب الخارجيه لعدم كونها مقتضيات واقعا أو موانع بل يعبر عنها بها مسامحه، فلا بد لنا النظر فى مقتضى الدليل و شموله لعدم احاطه علمنا بملاكات الاحكام فيمكن أن يكون حكمه بالكاشفيه هناك لجهه قد خفيت علينا و تلك الجهه يمكن أن لا تكون موجوده فى المقام.

و اما ما أفاده قدس سره مؤيدا لكلامه من أن الفقهاء التزموا بجواز عتق الراهن مع اجازه المرتهن و الحال انهم لم يلتزموا بجريان الفضولى فى الايقاعات، و لا مجال للاعتذار عنهم بانه من باب انه بناء العتق على التغليب اذ هذا لاعتذار ينافى تمسكهم

فى العتق بعمومات العتق، فيرد فيه انه يمكن أن يكون الوجه فيه اجماعهم على عدم صحه الفضولى فى الايقاع فيما يصدر عن غير المالك و اما مع صدوره عن المالك فلا اجماع

فالاطلاقـات تكفى هنـا اذا علمنـا من القاعـده او الروايـات كون الاجازه كاشـفه أو ناقله، و اما اذا شـككنا فيهما فتصل النوبه الى الاصل العملى. و مقتضاه النقل بلا فرق فى ذلك بين المقام و باب الفضولى لان مقتضـى الاصل عـدم انتقال العين الى المشترى الا بعد الاجازه.

قمّى، سـيد تقى طباطبـايى، دراساتنـا من الفقه الجعفرى، ٢ جلـد، مطبعـه الخيـام، قم - ايران، اول، ١۴٠٠ ه ق دراساتنـا من الفقه الجعفرى؛ ج ٣، ص: ٣٠١

الجهه الثالثه انه لا ريب و لا اشكال فى انه لا ينفع الرد بعد الاجازه،

و انما يقع البحث فى الاجازه بعد الرد بأنها هل تؤثر فى العقد بناء على الصحه التأهليه له أم لا تردد الشيخ فى المقام و قال: فيه و جهـان، و الحق أن يقال: انه على فرض تسـليم كون الاجازه مؤثره فى صـحه العقـد لا فرق فى حصولها قبل الرد و بعـده و الفرق بينهمـا بلاـ فـارق الا أن يـدعى قيام اجماع قطعى كاشف عن رأى المعصوم على خلافه كما يـدعى ذلك فى البيع الفضولى بان الاجازه بعـد الرد لا اثر لها و حيث انه فى المقام لا ينعقد الاجماع على خلافه فمقتضـى القاعده عدم الفرق فى تأثيرها قبل الرد و بعده، و كذلك الامر فى القبول بعد الرد فى انه يؤثر أثره.

و فرق المرزا النـائنى (قـدس سـره) بين حلول أجـل الـدين و عـدمه فـان الردان كـان قبل حلول اجل الـدين فلا اثر له، و الاجازه الواصـله بعده تؤثر فى صحه العقد، و اما اذا كان بعد حلول الاجل فلا يبقى محل للإجازه بدعوى ان رده عباره عن استيفائه و لو لا رجوعه الى الاستيفاء لا يتصور للرد معنى.

و (فيه) ان التفصيل الذى أفاده (قدس سره) غير صحيح لان مسئله حلول الدين و عدمه

مطلب، و مسأله ان الاجازه بعد الرد تؤثر فى العقد أم لا مطلب آخر، و لا ربط له بحلول الدين و عدمه، و بعباره اخرى يتصور فى حق المرتهن الرد و الاجازه و لا يرجع الرد الى الاستيفاء.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۰۲

فان كان الرد مانعا عن الاجازه فلا اثر لها و لو قبل الحلول و ان لم يكن مانعا فتؤثر مطلقا بل القبول بعد الرد من القابل يؤثر فى العقود نعم الرد من الموجب قبل قبول القابل يوجب فساد القبول لانهدام العقد.

الجهه الرابعه انه لو لم يجز المرتهن البيع، و لم يرده أيضا،

و لكنه فك الرهن بعد البيع باداء دين أو باسقاط حقه أو بغيرهما فهل يصح البيع أم لا، و بعباره واضحه كما ان الاجازه كانت مؤثره فى صحه العقد يكون فك الرهن أيضا كالإجازه أم لا فيه خلاف.

أقول: أما على المختار من عدم احتياج البيع الى الاجازه لكونه صحيحا لعدم منافاه بينه و بين الرهن كما فصلناه لا تصل النوبه الى هذا البحث و كذلك على القول بالبطلان كما هو المختار بعد الاغماض عن الاول فانه لا مجال لهذا البحث أيضا.

و أما على القول بالصحه التأهليه للعقد المتوقف تأثيره على الاجازه يقع البحث فى أن فك الرهن بعد بيعه بمنزله الاجازه بأن يكون البيع الواقع قبله صحيحا أم لا، اختار الشيخ الاول اى الصحه، لان عدم تأثير بيع المالك فى زمانه ليس لقصور المقتضى بل من جهه وجود المانع.

و هو تعلق حق المرتهن به فاذا زال المانع لأثر المقتضى فى الصحه، و بعباره اخرى ان ادله صحه البيع ك أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تِجارَةً عَنْ تَراضٍ، و أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ و الناس مسلطون على أموالهم لها عموم و انما خرج عن هذا

العموم زمان الرهن لكونه مزاحما لحق المرتهن الذى هو أسبق زمانا.

فاذا زال المانع وجب تأثير المقتضى و المقام من باب وجوب العمل بعموم العام لا من باب استصحاب الحكم المخصص كما لا يخفى.

و لا- يقاس المقام بنكاح العبد بدون اذن مولاه لقصور المقتضى هناك لا لمزاحمه حق السيد له اذ لا منافاه بين كونه عبدا و كونه زوجا بخلاف المقام فان المقتضى تام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٠٣

و انما المزاحم له فى التأثير تعلق حق المرتهن به فاذا ارتفع المانع لكان المقتضى مؤثرا فيه.

أقول: ان ما ذكره (قدس سره) و ان كان متينا بالنسبه الى العلل و الاسباب الخارجيه فان المقتضى يكون مؤثرا بارتفاع المانع الا ان الاسباب الشرعيه لا تقاس بالامور التكوينيه لان العمومات كقوله.

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غيره لا يكون مقتضيا و سببا حقيقيا للصحه، و كذلك تعلق حق المرتهن ليس مانعا حقيقيا لتأثير المقتضى و انما التعبير بالسبب و المسبب و المانع انما هو يكون بالتسامح فلا يقاس أحدهما بالاخر.

و الذى يهمنا فى المقام أن ننظر فى الادله الوارده فى الباب بان يلاحظ مفادها بانه هل يستفاد منها مانعيه حق المرتهن عن البيع أم لا فاذا التزمنا بصحه سند قوله:

الراهن و المرتهن كلاهما ممنوعان فلا يكون العقد نافذا لان العقد وقع باطلا حين صدوره و فك الرهن لا يوجب أن ينقلب ما هو وقع باطلا من حين صدوره الى الصحه لاستحاله انقلاب الشى ء عما هو عليه و ان ناقشنا فى سنده يكون العقد صحيحا كما هو المختار.

و اذا فرض قيام الاجماع التعبدى الكاشف عن رأى المعصوم بعدم تأثير بيع الراهن فى زمن تعلق حق المرتهن فنرفع اليد عن العمومات الداله على صحه

البيع بهذا المقدار.

و اما اذا فك الرهن باسقاط أو ابراء أو بغيرهما فتشمله الادله الداله على صحه البيع فيكون المقام من باب التمسك بعموم العام لا باستصحاب الحكم المخصص اعنى الاجماع فما أفاده فى المقام لا بد أن يفصل بما ذكرنا.

و اما قوله: ان عدم الاثر ليس لقصور المقتضى، و انما هو من جهه المانع فاذا زال أثر المقتضى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۰۴

(ففيه) انه اذا وقع البيع باطلا من حين صدوره فلا يوجب انتفاء المانع صحته لان الشى ء لا ينقلب عما هو عليه هذا اولا.

و ثانيا انه لو كان ارتفاع المانع بقاء موجبا لصحه البيع الفاسد فلا بد أن يكون البيع الغررى صحيحا اذا فرض انتفاء الغرر بقاء و لم يلتزم به أحد، و كذلك لا بد أن يقع صحيحا بيع المحجور و السفيه اذا انتفيا بقاء.

ان قلت: لو لم ينفع ارتفاع الموانع بقاء فى صحه البيع للزم أن لا يكون اجازه المرتهن المتعلقه ببيع الراهن مؤثره.

قلت اولا لا نلتزم بالصحه هناك أيضا و نقول ان الشى ء لا ينقلب عما هو عليه هذا على المختار و اما على مذاق القوم القائلين بصحه بيع الراهن مع لحوق الاجازه به فنقول ان القول بالصحه هناك لا يستلزم القول بالصحه هنا للفرق الواضح بين البابين لان القائل بصحه البيع بلحوق الاجازه المتأخره له انما يقول به لوجهين.

الاول ان الاجازه أمر تعلقى يمكن أن يتعلق بالامر المتقدم و كذا يمكن أن يتعلق بالامر المتأخر أو المقارن فاذا وقع العقد و تعلق به الرضا يكون العقد مستندا الى من بيده الامر بقاء فيكون صحيحا.

الثانى ان استفاده ذلك من الاخبار الوارده فى باب نكاح العبد بدون اذن سيده و

لا يجى ء هـذان الوجهان فى المقام لان فك الرهن ليس باجازه حتى يتعلق بالعقـد السابق و يكون العقـد بذلك مستندا الى من بيده الامر، و أيضا ان الخبر الوارد فى نكاح العبد بدون اذن سيده يدل على صحه النكاح باجازه سيده، و على فرض جواز تعديه الى غير مورد النكاح انما يتعدى اذا لحقته الاجازه.

و اما الفك فانه ليس باجازه و لا يكون العقد به منتسبا الى من بيده الامر و لا يعقل لأنه تحصيل للحاصل، و لذا لو تصرف العبد بدون اذن سيده ببيع أو غيره ثم انعتق لم ينفع فى صحه تصرفه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۰۵

فتحصل مما ذكرنا انه ان لم نناقش فى دليل المنع و لم نقل بالصحه فلا مجال للتمسک بادله الصحه عموما، و اطلاقا، و لكن مع ذلك لا مجال باستصحاب حكم المخصص اذا طلاق دليل المنع محكم، و مع الاصل اللفظى لا تصل النوبه الى الاصل العملى.

و استشكل السيد الاستاذ على جريان الاستصحاب بوجهين الاول بعدم بقاء الموضوع للاستصحاب بعد فك الرهن لان المتيقن الذى كان سابقا هو عدم جواز بيع الراهن، و اما بعد الفك فلا يكون البائع راهنا حتى يستصحب الممنوعيه الثابته لبيعه.

و ثانيا ان جريان استصحاب الحكم المخصص اعنى ممنوعيه بيع الراهن يكون من قبيل جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه الكليه الالهيه و هو لا يجرى فيها لان استصحاب المجعول معارض لاستصحاب عدم جعل الزائد دائما.

و فيه انا لا نسلم عدم بقاء الموضوع للاستصحاب. بل الموضوع باق بحاله فان الموضوع لعدم الصحه بيع الراهن و من الظاهر ان البيع حين صدوره كان بيع الراهن و فى البقاء لم يتحقق بيع آخر فنحن نشك ان

بيع الراهن الذى لم يكن صحيحا باق على عدم الصحه أم انقلب الى الصحه مقتضى الاستصحاب بقائه على الحاله السابقه، فاين انتفاء الموضوع.

و بعباره ظاهره ان الموضوع للأصل عنوان بيع الراهن و هذا العنوان لم يتغير لاستحاله انقلاب الشى ء عما هو عليه لأوله الى التناقض هذا اولا.

و ثانيا ان تعارض الاصلين فى ناحيه الجعل و المجعول لا ينطبق فى المقام لان الاصل جار فى الامر العدمى و هو عدم الصحه، و من الظاهر ان لازم التعارض ان يتعلق الاصل بالامر المجعول كى يعارض بعدم الجعل، و اما استصحاب العدم فخارج عن هذا الكلى تخصصا و بعباره اخرى مقتضى الاصل عدم الانتقال.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٠٦

و ما أفاده المحقق الهمدانى بان البيع يصح بعد فك الرهن لصدوره من أهله و وقوعه فى محله، و لا يقاس المقام بباب من باع شيئا ثم ملك حيث قلنا هناك بعدم صحه البيع لان حين البيع لم يكن مالكا للمبيع و حين كونه مالكا له لم يكن مقتض للصحه، و اما المقام فليس من هذا القبيل لأنه صدر من أهله و وقع فى محله.

و فيه انه لو قلنا بتماميه دليل المنع فلا مجال لهذا الكلام الذى افاده قدس سره لان البيع لا يخرج عن كونه بيع الراهن و ان لم نقل بتماميته فلا مانع من الصحه من اول الامر.

و مما ذكرنا ظهر فساد ما قيل بان البائع بعد بيعه بخطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فيجب عليه التماس فك الرهن من المرتهن باداء دينه حتى يسلمه الى المشترى وجه الفساد انا لا نسلم ان يكون مفاد أَوْفُوا الحكم التكليفى بل مفاده اللزوم هذا اولا.

و ثانيا سلمنا كون مفاده الحكم التكليفى لكن

نقول: بان العقد ان كان صحيحا فلا مانع من تأثيره، و ان كان باطلا فلا مقتضى لتوجه خطاب أَوْفُوا.

و افاد المحقق النائنى ان المقام ليس من قبيل من باع شيئا ثم ملك كى يقع الكلام بانه باطل مطلقا أو صحيح كذلك أو يصح مع الاجازه من المالك البائع لان المفروض فى المقام ان البائع هو مالك العين الا ان تعلق حق الغير يمنعه عن البيع، و بعباره اخرى يكون ملكه مركبا لحق و مانع و تعلق حق الغير أوقف المركب عن الحركه، و مع سقوطه يتحرك المركب فى سيره بلا رادع.

و (فيه) انه و ان كان ما أفاده من عدم كون المقام من قبيل من باع شيئا ثم ملك متينا لصدور البيع من مالكه الا انا لا نلتزم بصحه كل عقد صدر من مالكه فان البيع الصادر من السفيه باطل مع أنه صدر من مالكه، و كذا البيع الغررى فانه باطل و ان كان صادرا من مالكه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٠٧

فتلخص من جميع ما ذكرنا الى هنا انا لو قلنا بكون الاجازه مؤثره فى صحه العقد الواقع لا نقول به فى فك الرهن بالابراء و غيره، ثم انه لو تنزلنا و قلنا بصحه البيع بافتكاك الرهن باحد الاسباب من اسقاط الحق أو اداء الدين فهل يكون مقتضى القاعده النقل أو الكشف، الظاهر هو الاول، و لو لم نقل بالنقل فى الفضولى، لان الكشف اما حقيقى، و اما حكمى أو بنص خاص.

اما الحقيقى فقد مر فى بحث الفضولى انه و ان كان ممكنا تصورا ببعض الوجوه كما لو قلنا بان الموضوع للصحه هو العقد الذى يتعقبه الاجازه الا انه لم يقم عليه دليل اثباتا.

و

امـا الكشف الحكمی فامـا من باب تعلق الرضاء المتأخر بالايجاب المتقـدم، و بعباره اخری يسـند العقـد الی المجيز حين الاجازه نظير من بـاع داره من أمس فهـذا لاـ يجری فی المقـام لأنه كان العقـد مسـتندا الی المالک من الاول، و اما يكون الكشف بنص خـاص كالروايـات الوارده فی نكـاح العبيـد و الاماء، و فی تزويـج الصـغيره، و هـذا أيضا لا يجری فی المقام لأنه حكم ثبت فی مورد خاص بالنص و تسريته الی المقام لا وجه له.

فـالحق أن يقـال: ان المقتضـی للانتقـال موجود فی المقـام و هی العمومات الـداله عليه كقوله: أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ، و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ، و اما تعلق حق الغير فانه مانع عن تأثيره و أوقف المركب عن الحركه و مع سـقوطه يتحرک المركب فی سـيره و يؤثر المقتضی اثره كما فی كلام بعض الاعاظم، و من الظاهر ان اثر المقتضی يكون من حين رفع المانع.

و ان شـئت قلت ان دليـل الصـحه لم يكن قابلاـ لشـمول بيع الراهن قبـل الافتكـاک و انمـا شـمله بعـد افتكاكه من الرهن فيكون الانتقال حاصلا من حين رفع المانع ای حق الرهانه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۰۸

و ممـا ذكرنا ظهر انه لا وجه لما أفاده الشـيخ من ان لازم الكشف كما عرفت فی مسئله الفضولی لزوم العقـد قبل اجازه المرتهن من طرف الراهن فلا يجوز له فسـخه بل و لا ابطاله بالاذن للمرتهن فی البيع لوجوب الوفاء بالعقـد توضـيح كلامه قدس سـره بان الاذن و ان لم يكن فسـخا للعقد و ضدا للوفاء، و كذا تصرف المرتهن ليس ضدا للوفاء اذ لا عقد له حتی يكون مأمورا بالوفاء الا ان التصرف التسبيبی المتحقق

من الراهن باذنه كتصرفه المباشرى ضد للوفاء المأمور به فلا يجوز منه وجه الظهور.

اولا ان المقام ليس داخلا فى مسئله الكشف و ليس عليه دليل و عليه فلا موضوع لما أفاده قدس سره.

و ثانيا انه لو تنزلنا عن ذلك و التزمنا بالكشف و لكن نقول لا وجه لتوجه خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الى الراهن، فانه اولا انا قلنا فى مفاد وجوب الوفاء المستفاد من قوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ان مفاده اللزوم الذى يكون عباره عن الحكم الوضعى لا الحكم التكليفى اعنى وجوب ترتيب الآثار على مقتضى العقود، و من الظاهر ان وجوب الوفاء بهذا المعنى من أحكام الصحه فما دام لا يكون العقد صحيحا كيف يمكن أن يكون لازما.

و بعباره اخرى ان اللزوم المستفاد من قوله أَوْفُوا فرع صحه العقد، و المفروض عدمها لكونه مقرونا بالمانع و معه كيف يتعلق به خطاب وجوب الوفاء بالمعنى الذى بيناه و اخترناه.

و ثانيا انه لو تنزلنا عن ذلك و قلنا ان مفاد وجوب الوفاء بالعقود عباره عن الوجوب التكليفى لكن نقول: لا مجال أيضا للتمسك بدليل وجوب الوفاء بالعقود لان الوفاء بالعقد انما يكون واجبا اذا كان العقد وقع فى الخارج تاما.

و بعباره واضحه أن العقد التام يجب شرعا ترتيب الآثار عليه، و المفروض فى المقام ان العقد غير تام فكيف يكون الوفاء به واجبا، فالحق فى المقام أن يقال

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۰۹

ان له ابطال البيع بل الامر كذلك حتى على القول بالكشف الحقيقى الذى لا دليل عليه اذ قد بينا فى محله ان الاجازه أو ما يقوم مقامها انما تؤثر فى مورد قابل للتأثر و كان العقد تاما من سائر الجهات و اما مع ابطال الراهن

البيع قبل زمان وقوع الاجازه فلا يبقى مجال للتأثير.

ثم انه مع التنزل عن هذا و الالتزام بوجوب الوفاء بالعقد هل يجب على الراهن فك الرهن من مال آخر و لو باداء دينه وفاء للعقد او لا يجب عليه هذا المقدار.

افاد الشيخ الانصارى قدس سره بقوله

(و يمكن أن يقال انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه، و اما دفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب و لذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكه و يدفعه اليه «۱» بناء على لزوم العقد بذلك.

و أيده السيد الاستاذ بان المقدار الواجب عليه أن لا يبطل العقد و أما وجوب فك الرهن فلا دليل عليه، و لا يستفاد هذا من وجوب الوفاء بالعقد.

و لكن التحقيق لا يساعد ما ذهب اليه الشيخ و الاستاذ فانا لو قلنا بعدم شمول وجوب الوفاء بالعقد للمقام لعدم صحه العقد فى نفسه كما نقول بذلك فلا وجه للقول بوجوب فك الرهن من مال آخر.

و اما لو تنزلنا عن ذلك و قلنا بأن وجوب الوفاء بالعقد يشمله فيكون خطاب أَوْفُوا متوجها اليه فعلى هذا يجب عليه جميع الآثار المترتبه على العقد حتى فك الرهن و لا يمكن الوفاء بالعقد الثانى الا بذلك فيجب عليه فك الرهن من ماله الاخر لتسليم العين الى المشترى، و كذا لو قلنا بجواز بيع الفضولى لنفسه فنقول يجب عليه أن يشترى العين من المالك للتسليم الى من اشتراه ثم على تقدير وجوب فك الرهن من مال آخر لو امتنع من ذلك يجبره الحاكم على فكه لو كان له مال جمعا بين الحقين

---

(۱)- المكاسب ص ۱۸۳ السطر ۳۰.

حق

المرتهن و حق المشترى لأنه ولى كل ممتنع.

و اما اذا لم يكن له مال آخر فان كان له عمل يكون اجرته وافيه لحق المشترى فللحاكم أيضا ان يجبره بذلك.

و اما اذا لم يكن له مال و لا شغل واف اجرته لأداء الدين فيدور الامر بين تقديم حق المرتهن و حق المشترى فلا اشكال فى تقديم حق المرتهن عليه لكونه اسبق زمانا و لا يبقى مجال لملاحظه حق المشترى. هذا تمام الكلام فى بيع الرهن و له الحمد.

الكلام فى ان القدره على التسليم شرط فى العوضين؟

اشاره

«قوله الثالث من شروط العوضين القدره على التسليم ... » «۱»

أقول: و من شروط العوضين القدره على التسليم فلا يجوز بيع السمک فى الماء و لا الطير فى الهواء.

و ما قيل او يمكن أن يقال فى وجه اشتراط القدره على التسليم امور

الاول قيام الاجماع على اشتراطها.

و فيه ان الاجماع لا يكون حجه على ما بينا فى الاصول و ثانيا على فرض حجيته فى سائر الموارد لا يكون حجه فى المقام لكونه محتمل المدرک ان لم يكن مقطوعه.

الثانى النبوى المعروف بين الفريقين باختلاف التعبير فى النقل و هو نهيه صلى اللّه عليه و آله عن بيع الغرر «۲»

و يقع الكلام فى النبوى تاره من حيث السند و اخرى من حيث الدلاله

اما من ناحيه السند

فلا يعتمد عليه لإرساله و اما انجباره بعمل المشهور فمخدوش فانا بينا ان عمل المشهور لا يجبر ضعف السند كما أن اعراضهم لا يوهن اعتباره بعد شمول ادله الحجيه له.

---

(۱)- المكاسب ص ۱۸۵ السطر ۱.

(۲)- الوسائل الجزء ۱۲ الباب ۴ من ابواب آداب التجاره الحديث (۳) المستدرک الباب (۳۱) من أبواب آداب التجاره حديث

(۱)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۱۱

و اما من حيث الدلاله

فما يستفاد من كلمات اهل اللغه و غيرهم ان للغرر معان مختلفه و المناسب منها للمقام معنيان الاول الخديعه و الثانی الخطر و الثانی بحسب المراد اعم من الاول اذ كل خديعه يستلزم خطرا لكن يمكن أن يتصور الخطر بلا خديعه كما لو أقدم الشخص بمعامله فيها الخطر بلا انخداع من أحد و عليه يمكن ان يكون المراد من الغرر الخطر و يمكن أن يكون المراد منه الخديعه و حيث ان احدهما اعم من الاخر فالقدر المتيقن ما فيه الخدعه الموجبه للخطر.

و افاد السيد الاستاد ان للغرر معنيين الخديعه و الخطر فالامر دائر بين هذين المعنيين و نعلم اجمالا ان احدهما منهی و حيث ان الخديعه حرام قطعا فلا- يكون العلم الإجمالی الحاصل من الروايه منجزا فيكون جريان الاصل فی الطرف الاخر بلا معارض فلا تدل الروايه على كون الغرر مبطلا للبيع.

و فيه اولا- انه على ما ذكرنا لا يكون المقام من موارد دوران الامر بين الامرين حتى يصل المجال الى البحث بان العلم الإجمالی منجز أم لا بل الامر فی المقام كما ذكرنا دائر بين الاقل و الاكثر لكون أحدهما و هو الخطر أعم من الاخر و هو الخديعه فتدل الروايه على حرمه الخديعه الموجبه للخطر قطعا لكونه قدر متيقن من معنى الغرر.

و

ثانيا لو كان المستفاد من النهى الحكم التكليفى لكان لما افاده دام ظله مجال و اما لو كان المستفاد من النهى الحكم الوضعى كما فهمه المشهور فيعلم اجمالا بان أحد الامرين مانع عن الصحه اما الخدعه، و اما الخطر، و مقتضى هذا العلم الإجمالى الفساد فى كلا الموردين لأنهما يتساقطان بعد التعارض فتصل النوبه الى الاصل العملى و هو اصاله الفساد فى المعاملات هذا تمام الكلام فى معنى الغرر.

و اما الحكم المستفاد من الروايه فالظاهر ان المستفاد منها الحكم التكليفى كما اشبعنا الكلام فيه فى الاوامر و النواهى، و لا نرفع اليد عن هذا الظهور الا بقرينه حاليه أو مقاليه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۱۲

ثم انه افاد المرزا النائنى قدس سره بان مقتضى الظاهر فى النهى و ان كان الحرمه التكليفيه الا ان فهم الاصحاب الحكم الوضعى من الروايه يدل على أنه كان هناك قرينه على الجهه الوضعيه فلا يكون من باب حجيه فهم المشهور معنى الروايه حتى يرد عليه بأن فهمهم لا يكون دليلا لنا لعدم كوننا مقلدين لهم، بل يكون من باب كشف اتفاقهم على المعنى الوضعى مستندا بالنبوى عن قرينه داله على هذا المعنى من الحاليه او المقاليه.

و يرد عليه انه يمكن أن يكون الوجه فى استفادتهم هذا المعنى من الروايه ما اشتهر فيما بينهم بان النهى فى المعاملات ظاهر فى الفساد مع أنه لا أصل لهذا المدعى، و قد بينا فى الاصول فى باب النواهى ظهور النهى فى الحرمه التكليفيه، و لا دليل على كونه فى المعاملات للإرشاد و عليه يكون النهى فى المقام ظاهرا فى الحرمه التكليفيه، فلا وجه لرفع اليد عن هذا الظهور الا بالقرينه، و المفروض عدمها

فی المقام و اذا احتمل مدرک لعمل المشهور لا یکون عملهم کاشفا عن القرینه الداله علی خلاف ظاهره فیکون المراد من النهی حرمه الخدیعه فی البیع تکلیفا و لا یکون دالا علی الفساد و مع الاغماض عن هذه الجهه لا تصل النوبه الی ترتیب تنجیز العلم الإجمالی و ذلک لان الحرمه التکلیفیه بالنسبه الی الخدیعه مسلمه فلا یکون العلم الإجمالی منجزا.

و ان أبیت عن ذلک و قلت بان حرمه الخدیعه تکلیفا محل اشکال و لیس علیها دلیل نقول: علی فرض عدم تحقق حرمتها فانا نلتزم بالحلیه لمقتضی الاصل فیما لا یکون الدلیل اللفظی دالا علی حرمتها و علیه مقتضی اطلاق دلیل صحه البیع حرمه الغرر لان الاماره تثبت لوازمها.

و بعباره أخری بعد ما تردد الامر بین الحرمه التکلیفیه و الفساد الوضعی فمقتضی صحه البیع الغرری بمقتضی الاطلاق المستفاد من حلیه البیع تعیین المعلوم بالاجمال

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۱۳

فی الطرف الاخر و هو حرمه الخدیعه تکلیفا فتکون النتیجه ان الخدیعه حرام تکلیفا و البیع صحیح وضعا.

و ان أبیت عن ذلک أیضا و قلت بان النهی فی المعامله ظاهر فی الفساد الوضعی نقول بمقتضی ما ذکرنا فی معنی الغرر ان الحرام الوضعی لا- یتعلق بمطلق البیع الغرری بل انما تعلق بالبیع الغرری الذی ینشأ الغرر فیه عن الخدیعه فی البیع فاذن لا یدل النبوی علی فساد البیع فیما لا- یکون البائع قادرا علی التسلیم مطلقا اذ ربما لا تکون خدعه فی بیعه فیکون الدلیل أخص من المدعی.

فانقدح مما ذکرنا ان الروایه لا تکون قابله لإثبات المدعی لا من حیث السند و لا من حیث الدلاله نعم نقل عن ابن مسعود عن النّبیّ صلی اللّه علیه

و آله انه قال لا تشتر السمک فی الماء لأنه غرر فان هـذه الروایه لو کانت معتبره من حیث السند لکانت مرجعا للمدعی و لکن الاشکال کل الاشکال فی سندها مضافا بان دلاله النهی فی المعاملات علی الحرمه محل اشکال

ثم انه علی تقدیر القول: بانه غرر و باطل هل یمکن ان یرفع الغرر باشتراط الخیار لیکون البیع صحیحا

بدعوی ان جعل الخیار یرفع الغرر فیکون البیع صحیحا.

و ربما یقال کما قیل ان صحه الشرط متوقفه علی صحه العقد فکیف یمکن أن یکون صحه العقد متوقفه علی الشرط فانه دور باطل.

لکن یرد علیه ان فساد البیع متوقف علی تحقق الغرر فلو کان الشرط بوجوده رافعا للغرر فلا یبقی موضوع لمنشإ الفساد فلا مجال لان یقال ان صحه العقد تتوقف علی صحه الشرط بل هی متوقفه علی انتفاء عنوان الغرر الذی هو موضوع للفساد فصحه الشرط متوقفه علی صحه العقد و لکن صحه العقد لیست متوقفه علی صحه الشرط بل هی تتوقف علی انتفاء الغرر فبانتفائه لا یبقی موضوع للفساد.

و بعباره اخری ان الاشتباه ناش من أن الشرط متأخر عن العقد فیتخیل ان هذا

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۱۴

التأخر تأخر خارجی زمانی و لا یکون المتاخر زمانا مؤثرا فی المتقدم.

و بعباره واضحه ان الشرط و العقد یوجدان فی آن واحد و حین الوجود یلزم أن لا یکون العقد فاسدا، و المفروض انه لا یکون فاسدا حین تحققه و وجوده لانتفاء موضوع الفساد اعنی به الغرر بتحقق الشرط فیشمله دلیل صحه العقد کقوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و دلیل صحه الشرط کقوله: المؤمنون عند شروطهم فتلخص ان اشتراط الخیار رافع للغرر فیکون البیع صحیحا و مما ذکرنا یعلم ان العقد صحیح و لو لم یشترط الخیار صریحا اذ بمقتضی الارتکاز. یجعل الخیار فلا غرر و لا یرد

علیه ما أورد آنفا من اشکال الدور اذ الجواب هنا کالجواب هناک و لا وجه للإعاده.

ان قلت: اذا کـان الخیـار و لـو بالارتکـاز رافعـا للغرر فـاین یتحقـق الغرر لاـن فی کـل مورد یحتمـل فیه الغرر یرفعه الخیـار تـاره بالصراحه، و أخری بالارتکاز.

قلت یتحقق الغرر فیما یباع باسقاط الخیار و عدم اشتراطه و لو ضمنا فالغرر و الخطر موجود ان لعدم الخیار. لإسقاطه بالشرط.

و ربمـا یقـال بان الغرر یرفع بتقریب انه لا یلزم من عـدم القـدره علی التسـلیم غرر حتی مع عـدم الخیار او مع القول بان الخیار لا یرفع الغرر لاـن البائع اذا لم یکن قادرا علی تسـلیم المبیع فلا یخلوا الحال من صورتین، الاولی وصوله الی المشتری و ان لم یکن وصوله مترقبا، الثانیه عدم وصوله الیه أصلا فیکون التعذر باقیا الی الابد اما الصوره الاولی فحصل المقصود بلا کلام فیه.

و اما الصوره الثانیه فهو مع تعـذره و عـدم تسـلمه من قبل المشتری یـدخل فی المتعذر و یصدق علیه التالف فینفسخ البیع بقانون کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه فلا خطر فلا وجه لبطلان البیع حتی فی هذا الفرض.

و فیه اولا ان هـذا مبنی علی کون هذا الحکم متحققا حتی علی القول بان البیع ینفسخ مع بناء المتعاملین علی خلافه، و اما لو قلنا بعدم انفساخه فیما اذا کان بناء المتعاملین

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۱۵

بعدم الفسخ او اشترطا ذلک فی ضمن العقد فلا یتم هذا البیان کما هو معلوم هذا اولا.

و ثانیا انه لا ملازمه بین التعذر و التلف فان المبیع.

لو کان مغصوبا من ناحیه غاصب و لا یمکن الاستنقاذ منه فانه متعذر و لکنه لیس بتالف کما هو

ظاهر عند التأمل.

و ثالثا ان قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه قاعده شرعيه تعبديه مجعوله فى البيع الصحيح فيلزم ان يكون البيع صحيحا فى حد نفسه كى يترتب عليه هذا الحكم فلو فرض الفساد من ناحيه الغرر كما هو مدعى الخصم كيف يمكن ان يكون محكوما فيه لهذا الحكم.

و بعباره اخرى لا يعقل ان يكون الحكم محققا لموضوع نفسه فان الموضوع شرط للحكم فكيف يكون الحكم من مقدمات وجود الموضوع و هذا واضح.

ان قلت بان القدره على التسليم مما هو شرط بين المتعاملين فمع عدم وصول المبيع الى المشترى له أيضا ان لا يسلم الثمن الى البائع فلا يلزم منه الغرر الموجب لبطلان المبيع.

قلت اولا يمكن ان يشترط البائع فى ضمن العقد تسليم الثمن فعليه لا يبقى موضوع لهذا البيان.

و ثانيا ما الفائده فى عدم التسليم و الحال انه ملك للبائع و مجرد كون مال احد عند شخص لا يكون جابرا للضرر مع عدم جواز تصرفه فيه كما فى المقام فان مجرد كون الثمن عند المشترى مع عدم جواز تصرفه فيه لكونه مالا للبائع لا يوجب رفع الغرر.

و ربما يقال بان الغرر المتوجه من ناحيه المعامله لا يرتفع الا بالخيار و لا بالانفساخ اذ الغرر من حيث الغرض المعاملى محفوظ و غير قابل للارتفاع.

و لكن هذا الوجه غير تام لأنه ما المراد من الغرض المعاملى فان المشترى لو كان له غرض

خاص فى هذه العين المخصوصه و لا يمكن ان يحصل له الغرض مع عدم قدره البائع على تسليم المبيع فهذا اى عدم وصول المشترى الى غرضه الخاص ليس خطرا متوجها اليه من ناحيه البيع كما

هو ظاهر.

و ان كـان غرضه قائمـا بالجامع بين هـذا العين و بين غيره فليس فى عـدم الوصول اليه خطر الا الخطر من ناحيه توجه ضـرر مالى اليه و المفروض انه يرتفع بالخيار فانقدح ان هذا الوجه أيضا لا يفيد لإثبات المدعى.

الوجه

الثالث مما استدل به لاشتراط القدره على التسليم فى المبيع ما افاده الميرزا النائنى ره

على ما نقله السيد الاسـتاذ فى البحث و حاصـله انه يشترط فى المبيع ان يكون مالا و ما لا يقـدر على تسـليمه لا ماليته له فيكون البيع باطلا من هذه الناحيه.

ثم اورد قدس سره على نفسه بانه اذا كان عدم القدره على التسليم مسقطا للعين عن الماليه فعليه يلزم منه انه لو كان عدم القدره على التسـليم طارئا يلزم ان يـدخل العين فى قاعـده التلف قبل القبض فهو من مال بايعه و الحال ان الفقهاء لم يلتزموا بهذا اللازم بل قالوا بثبوت الخيار للمشترى فقط.

ثم اجاب قـدس سره عن هـذا الايراد بقوله بان انتفاء الماليه عن الشـى ء لا يوجب كونه تالفا فلا يصـدق عليه عنوان تلف المبيع قبل القبض حتى يدخل تحت القاعده المذكوره هذا ملخص ما افاده قدس سره فى المقام.

و فيه اولا انه قـد مر منا مرارا عـدم اشتراط الماليه فى المبيع فانه لم يـدل عليه آيه و لا روايه و لا اجماع تعبـدى غايه ما فى الباب توهم انه بيع سـفهائى و هو باطـل لكن يمكن رفع كونه سـفهائيا بترتب غرض عقلاـئى عليه مضافـا بـانه لا دليل على بطلان البيع السفهائى.

و ثانيا لا وجه لسـقوط الماليه بتعـذر الوصول و عدم القدره على التسـليم الا ترى ان الغاصب لو غصب شـيئا ثمينا له ماليه خطيره هل يمكن الالتزام بعدم كونه مالا بدعوى تعذر وصوله و عدم القدره على تسليمه و اذا كان

الامر كذلك فلما ذا يقع

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۱۷

التشاجر و التخاصم و صرف الاموال للوصول اليه و أيضا لا ريب فی ترتب آثار الماليه عليه كجواز عتقه و غير ذلک من الآثار المترتبه على المال و الحاصل ان ادعاء كون تعذر الوصول مسقطا للمال عن الماليه لا يمكن الالتزام به.

الوجه

الرابع مما استدل به لاشتراط القدره على التسليم النبوی المعروف بين الفريقين

و هو قوله صلى اللّه عليه و آله لا تبع ما ليس عندک. «۱»

و هذه الروايه تاره يبحث فيها من حيث السند، و اخرى من حيث الدلاله اما من حيث السند فالظاهر أنه لا بأس به و لا اشكال من هذه الناحيه و اما من حيث الدلاله ففيها احتمالات:

الاول ان يكون المراد من كلمه عندک الحضور الخارجی بحيث لو لم يكن المبيع حاضرا عند البائع لا يكون بيعه جائزا و قال الشيخ (قدس سره) ان هذا الاحتمال لا يمكن ترتيب الاثر عليه لصحه بيع الغائب اجماعا.

و فيه ان مجرد قيام الاجماع على جواز بيع الغائب لا يكون دليلا على عدم قابليه اللفظ للمعنى المذكور.

(الثانی) أن يكون المراد منها الملكيه الاعتباريه، و أورد عليه الشيخ (قدس سره) بقوله فاذا كان المراد من لفظه عندک هذا المعنى فالمناسب ان يذكرها بكلمه لام و يقول: لا تبع ما ليس لک لا بلفظ عند.

و يرد عليه انه لا يمكن المساعده على ما ذهب اليه فان الامر ليس كذلک لوضوح ان قوله لا تبع ما ليس عندک كثيرا ما يراد منه الملكيه الاعتباريه بل المتداول عند جمله من الاعراب استعمال هذه الكلمه فی الملكيه الاعتباريه، بل قد قيل ان المنهی فی نهی النّبیّ صلى اللّه عليه و آله كان حكيم بن حزام فانه كان يبيع الشی ء قبل أن

يكون مالكا ثم يشتريه فيسلمه فنهى النّبيّ عن مثل هذا البيع.

---

(۱)- الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۷) من أبواب احكام العقود، الحديث (۱)

الثالث أن يكون المراد منه السلطنه الخارجيه و القدره على التسليم.

و قد اورد عليه الشيخ بأن الفقهاء يتمسكون بهذه الروايه لفساد بيع العين الشخصيه المملوكه للغير ثم شرائها من مالكها خصوصا اذا كان وكيلا عنه فى بيعه و لو من نفسه فان السلطنه و القدره على التسليم حاصله هنا مع أنه مورد الروايه عند الفقهاء فليست الروايه ناظره الى خصوص ما ليس فيه السلطنه الخارجيه و القدره على التسليم.

و (فيه) ان مجرد فهم الفقهاء معنى من لفظ لا يوجب حمله على ذلك المعنى بل المتبع الظهور و مع عدمه يكون مجملا.

الرابع ان يكون المراد منه السلطنه المطلقه الشرعيه و الخارجيه فلا- يجوز بيع غير المملوك و بيع ما يكون محجورا فيه بأحد اسباب الحجر لعدم السلطنه الشرعيه المعتبره فى البيع كما انه لا يجوز بيع ما ليس مقدور التسليم عقلا و خارجا و هذا الاحتمال مختار الشيخ (قدس سره).

و يرد عليه اولا انه ذكر هذه الروايه فى باب الفضولى فى مقام بيان استدلال المبطلين لم يناقش فى معنى لفظ عندك كما ناقش فى المقام و ان أجاب عن أصل الاشكال.

و ثانيا ان لفظه عند اما يراد منه المعنى الاصالى اى الحاضر الخارجى و اما يراد منه المعنى الكنائى اى الملكيه و شى ء من المعنيين لا يرتبط بالمقام فان مجرد حضور شى ء عند الانسان لا يلازم القدره عليه و لو أغمضنا عن ذلك و قلنا ان المراد من هذا اللفظ السلطنه المطلقه الشرعيه فهو أيضا لا يفيد لأنها لا

تلازم القدره على التسليم خارجا كما هو ظاهر و مع الاغماض أيضا فلا- أقلّ من الاجمال و لا يمكن الجزم بالظهور فيكون اطلاق دليل الصحه او عمومه محكما فيفهم منهما ان القدره الخارجيه على التسليم ليس شرطا للصحه كما هو مقتضى حجيه لوازم الامارات.

فانقدح مما ذكرنا ان هذا الوجه أيضا لا يمكن المساعده عليه.

الوجه

الخامس مما استدل به على اشتراط القدره على التسليم هو ان مقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو وجوب الوفاء بالعقد و تسليم العين من لوازم العقد

فلو لم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۱۹

يقدر على التسليم يلزم اما ان يكون غير المقدور واجبا و الحال انه محال و اما ان لا يكون التسليم واجبا فيلزم الانفكاك بين الملزوم و اللازم و هو أيضا محال فاللازم ان يكون القدره على التسليم شرطا و الا لم يجب الوفاء بالعقد.

و فيه اولا انا بينا ان الوجوب المستفاد من قوله أَوْفُوا ليس وجوبا تكليفيا بل وجوبا وضعيا ارشاديا الى اللزوم.

و ثانيا انه على تقدير تسليم دلالته على الوجوب التكليفى لا يدل فى المقام على المدعى فانه لا ريب و لا اشكال فى ان القدره من الشرائط العامه للتكليف لكن نقول بان الوفاء بالعقد ليس واجبا على الاطلاق كى يستكشف من عدم القدره على الوفاء عدم صحه العقد بل نقول بانه يجب على فرض القدره و ملخص الكلام فى المقام انه لو ادعى ان العقد معلق على القدره و مع عدمها ليبطل.

ففيه اولا انه خلاف المفروض لان المفروض عدم تعليق العقد بشى ء.

و ثانيا انه اخص من المدعى اذ ربما يصدر عنه العقد بلا- تعليق فيه و ثالثا ان التعليق يوجب البطلان و ان ادعى ان لازم العقد الصحيح وجوب التسليم على نحو الاطلاق فالمدعى بلا دليل فعلى المدعى ان يقيم الدليل عليه و ان ادعى لزوم التسليم عند القدره عليه فهذا لا

يقتضى فساد البيع عند عدم القدره بوجه من الوجوه اذ المفروض انه يجب عند القدره.

الوجه

السادس مما اســتدل به على اشتراط القدره على التسليم ان الغرض من المعامله الانتفاع من العين و مع عدم تسلم العين لا يتحقق هذا الغرض

فيكون القدره على التسليم شرطا.

و فيه اولا انا لا نسلم ان الغرض من المعامله الانتفاع من العين دائما بل يمكن أن لا يكون الغرض الانتفاع بل الغرض انتفاع البائع بالثمن.

و ثانيا ان تخلف الاغراض و الدواعى لا يوجب فساد البيع.

و ثالثا انه يمكن الانتفـاع بالعين و لو لم يكن البائع قادرا على التسـليم فان الجهات الاعتباريه تتحقق احيانا و لو مع عـدم القـدره على التسليم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۲۰

و رابعـا انه ربما يكون احتمال الوصول و امكان الانتفاع غرضا من المعامله، و هـذا الغرض يترتب عليها كما هو ظاهر فتلخص ان هذا الوجه أيضا لا يمكن المساعده عليه كسوابقه.

الوجه

السابع مما استدل به على اشتراط القدره على التسليم ان المعامله على شى ء مع عدم القدره على تسليمه يكون سفهائيا.

و فيه اولا انا لا نسلم كونه سفهائيا مطلقا بل يمكن تصور كونه عقلائيا كما هو واضح.

و ثانيا انه على فرض كونه سفهائيا لا دليل على بطلان البيع السفهائى بل الباطل انما هو بيع السفيه.

الوجه الثامن مما استدل به على اشتراط القدره على التسليم أن بيع الشى ء بدون القدره على تسليمه يكون اكل ثمنه أكل المال بالباطل

و هو لا يجوز لكونه منهيا عنه بقوله تعالى لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ.

و فيه اولا انه يمكن تصوير عـدم كونه اكل المال بالباطل كما اذا يرجى وصوله لو كان ذا ماليه خطيره فى مقابل شـى ء قليل فانه لا يعد من اكل المال بالباطل.

و ثانيـا ان البـاء فى لفظه بالباطل لا تكون للمقابله حتى يتمسك الخصم بها لإثبات المـدعى بل الباء فيها سـببيه فيكون المعنى لا تأكلوا أموالكم بالسبب الباطل و من المعلوم ان أكل المال فى المقام ليس بسبب باطل بل يكون بالبيع و هو من الاسباب الشرعيه

لجواز الاكل.

[الكلام فى أن القدره شرط أو العجز مانع]

قوله: فقد استظهر بعض من تلك العباره ان العجز مانع لا أن القدره شرط ...) «۱»

أقول: ثم انه وقع الكلام بين الاعلام فى أن القدره شرط او العجز مانع أفاد الشيخ بان صاحب الجواهر استظهر من كلامهم ان العجز مانع لا ان القدره شرط، و قال (صاحب الجواهر) انه تظهر الثمره بين القولين، فيما اذا تردد الامر

---

(۱)- المكاسب ص ۱۸۶ السطر ۲۸.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۲۱

بين شرطيه احد الضدين و مانعيه الضد الاخر فعلى القول بشرطيه القدره يعتبر احرازها اذا شك وجودها لأنه يلزم احراز الشرط، و على القول بمانعيه العجز يكفى الشك فيه فى الحكم بالصحه لان العقد يقتضى الصحه ما لم يمنع مانع فاذا شك فى المانع يحكم بعدمه بالاصل و اورد الشيخ على صاحب الجواهر بوجوه.

الاول ان القول بمانعيه العجز يخالف مع تصريح العلماء حيث عرفت من أن صريح معاقد الاجماع خصوصا عباره الغنيه المتاكده بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هى شرطيه القدره.

الثانى ان العجز أمر عدمى لأنه عباره عن عدم القدره عمن من شأنه أن يقدر فكيف يكون

مانعا و الحال ان المانع لا بد أن يكون أمرا وجوديا حتى يكون مانعا و دافعا لتأثير المقتضى.

الثالث انه على فرض تسليم اطلاق المانع عليه لا ثمره فيه لا فى صوره الشك الموضوعى و لا فى الحكمى و لا فى غيرهما فانا اذا شككنا فى القدره و عدمها فمع كون الحال فى السابق القدره تستصحب و مع عدمها يستصحب أيضا و مع الشك الزائد على القدر المعلوم يتمسك باطلاق دليل الصحه.

أقول: اما ما أفاده من ان المانع يلزم أن يكون أمرا وجوديا فهو صحيح فى التكوينيات، و اما الاحكام الشرعيه فلا مانع من أن يجعل العدم مانعا كما انه لو جعل العمى مانعا عن الصحه فى امام الجماعه.

و اما ما أفاده من عدم الثمره بين القولين ففيه بانه يمكن أن يكون نظر صاحب الجواهر بان الثمره تظهر فيما اذا لم تكن الحاله السابقه معلومه كما فى توارد الحالتين فعلى القول بشرطيه العجز لا يمكن احراز الصحه و لا يمكن التمسك باطلاق دليلها لأنه يكون من باب التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه و اما لو كان العجز مانعا فيمكن احرازها باصاله عدم المانع، و لكن مع هذا لا يمكن المساعده مع صاحب الجواهر أيضا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٢٢

لان قاعده اصاله عدم المانع مع قطع النظر عن الاستصحاب ليس لها مدرك الا قاعده المقتضى و المانع و هى لا اعتبار بها لعدم دليل يدل عليها و اذا فكلام صاحب الجواهر غير سديد من هذه الجهه هذا اولا.

و ثانيا ان هذه القاعده على فرض صحتها لا تفيد فى المقام و ذلك لان الغرر الموجب لبطلان البيع متقوم بالشك و مع عدم احراز الحاله السابقه يكون الغرر

محرزا و لا مجال لجريان قاعده عدم المانع حتى تظهر الثمره و مع احراز الحاله السابقه و هى القدره فجريان الاستصحاب فى بقاء القدره و عدمه مبنى على قيام الاصول المحرزه مقام القطع فيما لا يترتب الاثر على الواقع لو لا الاحراز و عدمه.

فان قلنا بقيامه مقامه فى مثل هذه الموارد كما عليه الشيخ يجرى الاستصحاب. و ان قلنا بعدم قيامه مقامه كما عليه صاحب الكفايه فلا يجرى بل لنا ان نقول بعدم جريان الاستصحاب حتى على مسلك الشيخ قدس سره لان الغرر المانع للصحه يتقوم بالاحتمال و الاحتمال موجود حتى بعد جريان الاستصحاب و لا يحكم بعدم الاحتمال الاعلى القول بالاصل المثبت.

و بعباره أخرى و ان كان الواقع يحرز بالاصل التنزيلى لكن احتمال وجود الواقع وجدانا موجود و لا ينتفى هذا الاحتمال بالاستصحاب و المفروض ان نفس احتمال الغرر يوجب البطلان. لكن حيث ان الاحتمال بعنوان المصادفه مع الواقع و امكان مطابقته يفسد فلو دل دليل على عدم المصادفه و كون الاحتمال لغوا يرتفع المانع. فعليه لو قام الاماره على القدره يرفع المانع اذ الاماره ناظره الى لوازم المؤدى أيضا فيدل على لغويه الاحتمال فلا مانع من القول بالصحه و اما الاستصحاب فليس كذلك كما مر آنفا.

و انقدح من جميع ما ذكرنا ان المدرك اما يكون حديث نفى الغرر و اما حديث لا تبع ما ليس عندك و على كلا التقديرين اما يكون الشبهه مصداقيه او يكون مفهوميه فعلى تقدير كون المدرك حديث نفى الغرر و كان الشبهه مصداقيه فالحق

هو البطلان بلا فرق بين القولين اى بلا فرق بين القول بان القدره شرط و بين القول بان العجز

مانع و كذا بلا فرق بين مسلك الشيخ و صاحب الكفايه لوجود الاحتمال لتحقق عنوان الغرر المفسد للبيع.

و اما لو كان الشبهه مفهوميه فالمرجع فيما زاد على المقدار المعلوم عموم دليل الصحه او اطلاقه و أيضا بلا فرق بين ذلك بين القولين و مسلكين اذ المفروض ان المخصص المنفصل لا يسرى اجماله الى العام كما هو بين فى محله.

و اما لو كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك و كانت الشبهه مفهوميه فالكلام هو الكلام بعينه.

و اما لو كانت الشبهه مصداقيه فمع احراز الحاله السابقه يستصحب البقاء بلا فرق بين ان يكون القدره شرطا او العجز مانعه و مع عدم احراز الحاله السابقه فان كان منشأه توارد الحالتين فلا مجال للأخذ بدليل الصحه لعدم جواز التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه فالمحكم هو اصل الفساد. و ان كان المنشأ، الجهل بتحقق القدره و ذلك كما لو تولد حيوان و لا يدرى ان القدره عليه تحققت أم لا. فان مقتضى الاستصحاب الازلى عدم تحقق القدره فيحكم بالفساد بلا فرق فيما ذكر كله بين القولين كما هو ظاهر.

[الكلام فى أن العبره بالقدره فى زمان الاستحقاق لا حال العقد]

قوله: ان العبره فى الشرط المذكور انما هو زمان استحقاق التسليم فلا ينفع وجودها حال العقد اذا علم بعدمها حال استحقاق التسليم كما يقدح عدمها قبل الاستحقاق و لو حين العقد و يتفرع على ذلك انه لا يشترط القدره اذا فرض كون العين فى يد المشترى. «۱»

و الحق فى المقام ان يقال: ان المدرك ان كان حديث نفى الغرر فالامر كما افاده قدس سره اذ على هذا لا يتوجه غرر الى المشترى مع عدم القدره حين العقد. و لو كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فيشكل الامر

فیما لا یکون قادرا علی

---

(۱)- المکاسب ص ۱۸۷ السطر (۲)

التسلیم حین العقد و لو کان قادرا علیه حین الاستحقاق لان المستفاد من الدلیل علی هذا الفرض انه یشترط فی صحه البیع القدره علی التسلیم فکما انه لو لم یکن مالکا یکون البیع فاسدا کذلک فی المقام.

و اما ما أفاده السید الاستاذ من ان العرف یفهم من هذا ان القدره شرط حین الاستحقاق لا قبله فلیس کما افاد فتلخص ان المبیع لو کان فی ید المشتری لا یبطل البیع ان کان المدرک حدیث نفی غرر و یبطل لو کان المدرک حدیث لا تبع ما لیس عندک فان البائع اذا لم یکن قادرا فالشرط مفقود فیبطل البیع.

[لا یشترط فی البیع القدره علی التسلیم اذا کان البیع ممن ینعتق علی المشتری]

قوله: و فیما لم یعتبر التسلیم فیه رأسا کما یشتری من ینعتق علیه «۱»

اقول حاصل کلامه (قدس سره) انه لا یشترط فی البیع القدره علی التسلیم اذا کان البیع ممن ینعتق علی المشتری بدعوی انه لا یعتبر فیه التسلیم کی یضر عدم القدره علیه.

و فیه- ان المدرک فی اشتراط القدره اما یکون حدیث نفی الغرر و اما یکون حدیث لا تبع. اما علی الاول فان الانعتاق یتفرع علی صحه البیع و المفروض ان صحه البیع یتوقف علی نفی لغرر فلو رفع الغرر بالحکم بالانعتاق یلزم الدور.

و اما علی الثانی فان البیع باطل مع عدم القدره و المفروض عدمها و اذا کان البیع باطلا لا تصل النوبه الی الانعتاق.

و افاد السید الاستاذ دام ظله ان البیع صحیح علی کلا التقدیرین اما علی فرض کون المدرک حدیث نفی الغرر فلان الاحکام تترتب علی الموضوعات الفعلیه لا التقدیریه و حیث ان الغرر فی المقام تقدیری لا تحقیقی

فلا يترتب عليه البطلان بل يصح لعدم الغرر بلحاظ حكم الشارع.

و اما على فرض كون المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فلان الشرط، القدره على التسليم الى المشترى فلو لم يكن قابلا للتسليم فلا معنى لهذا الاشتراط

---

(۱)- المكاسب ص ۱۸۷ السطر (۴)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۲۵

و المقام من هذا القبيل فانه ينعتق عليه بمجرد العقد فلا يكون قابلا للتسليم فيكون البيع صحيحا بلا احتياج الى اشتراط القدره.

و فيه نظر اما على تقدير كون المدرك حديث نفى الغرر فلان حكم الانعتاق يترتب على البيع الصحيح فى حد نفسه فيلزم ان يتحقق الانتقال كى يحكم بالانعتاق و مع عدم اجتماع شرائط الصحه لا يتحقق الصحه فلا تصل النوبه الى الانعتاق.

و اما على تقدير كون المدرك لا تبع ما ليس عندك فايضا الامر كذلك فان الصحه تتوقف على القدره على التسليم فما دام لا تكون القدره موجوده لا يصح العقد و مع عدم الصحه لا تصل النوبه الى اجراء حكم العقد الصحيح. و مما ذكرنا علم حكم ما لو اشترط تاخير التسليم فلا يستحق التسليم بمجرد العقد فيكون العقد صحيحا اذ ظهر انه لو كان المدرك حديث نفى الغرر يصح العقد لعدم الغرر على الفرض فانه قبل زمان الاستحقاق لا مقتضى لتسليم العين و فى زمان الاستحقاق القدره على التسليم موجوده

و ان شئت قلت: حين الاستحقاق لا غرر و حين عدم القدره لا استحقاق.

و اما لو كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فيكون العقد باطلا لفقدان شرطه فالحق هو التفصيل الذى ذكرنا فى المقام حيث قلنا بالصحه فى الاول و الفساد فى الثانى لا ما ذهب اليه الشيخ حيث ذهب الى الصحه مطلقا.

[لا يعتبر القدره على التسليم فى الفضولى إلا بعد إجازه المالک]

قوله: و اما لتزلزل العقد كما اذا اشترى فضولا فانه لا يستحق التسليم الا بعد اجازه المالك فلا يعتبر القدره على التسليم قبلها لكن يشكل على الكشف من كونه لازما من طرف الاصيل فيتحقق الغرر بالنسبه اليه «۱».

اقول: و مما ذكرنا ظهر الحال فى الفضولى فلو قلنا: بان الفضولى لا مدخليه له فى الصحه و الفساد و لا بد ان يلاحظ الامر مع المالک المجيز فالميزان بزمان الاجازه.

فعدم امكان التسليم من طرف المشترى و عدم امكان التسليم من ناحيه الفضولى لا يضر

---

(۱)- المكاسب ص ۱۸۷ السطر (۵)

بصحه العقد اذ المدار يكون على زمان الاجازه بلا فرق بين النقل و الكشف هذا ان قلنا:

بان الفضولى لا مدخليه له فى الصحه و اما لو قلنا: بان البيع يتحقق بفعل الفضولى و لا بد من ان يتحقق جميع ما يعتبر فى العقد حين وجوده كى يصير قابلا للحوق الاجازه فلا بد من فرض تمكن الفضولى على التسليم.

[مثل بيع الفضولى فى عدم اعتبار القدره على التسليم بيع الراهن قبل اجازه المرتهن.]

قوله ره: و مثله بيع الرهن ... «۱»

اقول: يعنى مثل بيع الفضولى فى عدم اعتبار القدره على التسليم بيع الراهن قبل اجازه المرتهن.

التحقيق ان يقال انه لو ثبت من الدليل الخاص جواز البيع بإجازه المرتهن او بفكک الرهن فلا كلام.

و اما لو لم يقم الدليل الخاص على جواز بيعه و قلنا: ان القاعده تقتضى صحته مع الاجازه فان كان المدرک حديث نفى الغرر فاذا امكن ارتفاع الغرر كما لو علم بان المرتهن يجيز و اشترط مع المشترى ان يصبر حتى يجيز المرتهن فلا اشكال أيضا اذ الغرر ينتفى بذلک. بل يمكن ان يقال: بالصحه مطلقا سواء علم باجازه المرتهن أم لا، لان المشترى يعلم بانه

ما دام لم يجز المرتهن لا حق له فى المبيع و له ان يتصرف فى الثمن كيف يشاء و بعد اجازته له المبيع و للبائع الثمن و على كل حال الميزان بصدق الغرر و عدمه فى صحه البيع و عدمها هذا اذا كان المدرك حديث نفى الغرر. و اما لو كان المدرك حديث لا تبع فالحق هو البطلان كما هو واضح.

[فى اعتبار القدره فى الصرف و السلم حين العقد]

قوله: و كذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم لان تأثير العقد قبل التسليم فى المجلس موقوف على تحققه فلا يلزم غرر «۲».

اقول: قد ظهر لك مما ذكرنا انه يعتبر القدره فى الصرف و السلم أيضا حين العقد و لا مجال لان يقال ان الانتقال يتحقق بالقبض فالقدره حين القبض كافيه فى

---

(۱)- المكاسب ص ۱۸۷ السطر (۶)

(۲)- المكاسب ص ۱۸۷ السطر (۷)

صحته، لأنا ذكرنا ان الحكم الشرعى من آثار العقد الصحيح الجامع للشرائط فلا يمكن ان يكون ترتب الحكم موجبا للصحه فان موضوع الحكم الشرعى لا بد ان يكون محققا فى الرتبه السابقه حتى يترتب عليه الحكم و لا يكون الحكم محققا لموضوعه و ظهر مما ذكرنا انه لا فرق بين ان يكون التسليم من الاحكام او من شروط الانتقال.

ثم انه افاد المحقق الايروانى قدس سره فى مقام بيان وجه الصحه ان الغرر انما يكون موجبا للبطلان فيما يكون العقد صحيحا لو لا الغرر و فى المقام ليس الامر كذلك، فانه لو لا الغرر لا يكون العقد صحيحا لاشتراط القبض فى صحه العقد.

هذا البيان أيضا غير تام لان كل مانع يلاحظ فى حد نفسه و لا ربط بين بعضها مع الاخر و هذا التقييد ينافى الاطلاق المستفاد

من دليل اشتراط نفى الغرر.

و بعباره واضحه انه لا بد ان يتم العقد بجميع اجزائه و شرائطه حسب دلاله الدليل.

و ربما يقال: بان اعتبار القبض من قبل الشارع يكون حاكما على دليل نفى الغرر و يقتضى ان يكون العقد خاليا عن الغرر و فساد هذا التقريب اوضح من ان يخفى اذ لا يتعرض هذا الدليل لذلك الدليل باى وجه من التعرض.

و الحاصل انه لا يفهم العرف ارتباطا بين الدليلين و من الظاهر ان الحاكم متعرض للمحكوم و ان شئت قلت: ان دليل الحاكم يضيق موضوع المحكوم او يجعل فيه توسعه.

ثم ان الشيخ رجع عما افاده فى وجه الصحه و قوى البطلان بما يقرب من بياننا فى وجه الفساد. لكن بعد ذلك استدرك و افاد بأن العرف لو اطلع على ان الشارع لا يحكم بالانتقال الا بعد القبض فلا يكون غرريا عنده. و هذا البيان غير تام اذ كما ذكرنا ان الموضوع فى حد نفسه لا بد ان لا يكون غرريا كى يترتب عليه حكم الشارع و الا يلزم الدور.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۲۸

ثم انه قدس سره أيد كلامه بجواز الايجاب اذا لم يكن قادرا لكن يعلم بحدوثه بعد القبول بدعوى ان الميزان بزمان الانتقال و هذا التأييد فى غير محله اذ يمكن ان يقال: بان خروج هذا الفرد بالدليل الخاص سيما اذا كان المدرك للحكم حديث لا تبع ما ليس عندك فانه لا يمكن الالتزام بجواز بيع الوارث مال مورثه فيما ينتقل اليه بالموت بمجرد القبول اذ البيع الواقع على مال الغير باطل و المفروض انه وقع على مال الغير.

ثم انه افاد: بان القبض مثل الاجازه بناء على النقل و اولى منها بناء

على الكشف.

و اورد عليه الميرزا النائينى ره بأن المقام لا يقاس بباب الفضولى فان العقـد فى الفضولى لا يتم الا بالاجازه و فى المقام تام و لذا يجب ترتيب الاـثر عليه و من هـذه الجهه ورد فى النص فـان نزى على الحائط فانز معه «۱» الوارد فيمن تفرق بـدون رضا صاحبه فالقياس مع الفارق.

و يرد على الميرزا بان المقام أيضا لا يجب على العاقد ترتيب الاثر عليه فان دليل الاثر ان كان ما ورد فى النص فهو غير دال عليه بل ارشاد الى ان الافتراق يضر قبل القبض و الصحه تتوقف على القبض فى المجلس و ليس وجوبا تكليفيا.

و ان كان المتوهم من الدليل قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فيرد فيه اولا ان الوجوب المستفاد منه وضعى لا تكليفى.

و ثانيا على فرض كونه تكليفيا انما يكون الواجب ترتيب الاثر على العقد الصحيح لا كل عقد و العقد فى المقام غير صحيح.

و قد افاد الاستاذ فى المقام كلامه السابق بان المدرك اما حديث نفى الغرر و اما حديث لا تبع ما ليس عندك فان المدرك لو كان حديث نفى الغرر فلا غرر للمشترى

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۲) من ابواب الصرف، الحديث (۸)

اذ ما دام لم يحصل القبض فلا انتقال و بعد القبض فالعين واصله اليه.

و ان كان المدرك حديث لا تبع و قلنا ان الحكم بلحاظ وصول العين الى المشترى فلا مانع من الصـحه اذ المفروض ان الغرض حاصل فى المقام.

و فيه ما مر آنفا و لا وجه للإعاده فراجع.

[القدره على التسليم شرط بالتبع و المقصد الأصلى هو التسلم]

ثم افاد قدس سره بأن القدره على التسليم ليست مقصوده بالاصاله بل تكون بالتبع فلو لم يكن البائع قادرا على

التسليم و لكن المشترى كان قادرا على التسلم يكون العقد صحيحا هذا ملخص كلامه.

اقول: و لا بد فى المقام من التفصيل فى مدرك الحكم فان المدرك لو كان حديث نفى الغرر فالكلام كما افاده. و اما لو كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فلا وجه للصحه الا ان يثبت اجماع تعبدى كاشف عن رأى المعصوم عليه السّلام كما افيد بأن جواز بيع الآبق مما انفردت به الاماميه و انى لنا باثبات اجماع تعبدى.

و مما ذكرنا يظهر الحال فيما لا يكون البائع و المشترى قادرين و لكنهما يعلمان عاده بوصول العين الى يد احد هما وقت استحقاق المشترى للتسلم كالطير المعتاد للعود بعد ايام فان الحكم جوازا و منعا يختلف حسب اختلاف المدرك فان كان المدرك حديث نفى الغرر يكون البيع صحيحا و ان كان المدرك حديث لا تبع يكون باطلا.

ثم انه لو تعذر التسليم و لم يقدر عليه الا بعد مده لا يتسامح فيها فالتحقيق ان يقال: ان كان المدرك حديث نفى الغرر فلا وجه للبطلان لعدم صدق الغرر عليه. و ان كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك يكون البيع باطلا.

[فى أن الشرط هى القدره المعلومه للمتبايعين]

قوله ره: ثم ان الشرط هى القدره المعلومه للمتبايعين لان الغرر لا يندفع بمجرد القدره الواقعيه و لو باع ما يعتقد التمكن فتبين عجزه فى زمان البيع و تجددها بعد ذلك صح و لو لم يتجدد بطل. «۱»

---

(۱)- المكاسب ص ۱۸۷ السطر (۳۴)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۳۰

تحقيق المقام يقتضى التعرض للصور المفروضه و بيان حكم كل واحده منها.

الصوره الاولى ان تكون القدره موجوده فى الواقع و معلومه لهما و هذه الصوره هو القدر المتيقن من الصحه كما هو

ظاهر.

الصوره الثانيه عكس هذه الصوره و هى ان لا تكون القدره موجوده فى الواقع و هما لا يعتقدان وجودها و هذه الصوره باطله قطعا.

الصوره الثالثه- ان تكون القدره موجوده فى الواقع و هما لا يعلمان بها ففى هذه الصوره لا بد من التفصيل فى مدرك الحكم فان المدرك لو كان حديث لا تبع ما ليس عندك فالعقد صحيح لتماميه الشرط. و ان كان حديث نفى الغرر فالعقد باطل لأنه مع الجهل يصدق الغرر.

الصوره الرابعه- أن لا تكون القدره موجوده فى الواقع و هما يعتقدان وجودها، فلو قلنا: بان المدرك حديث لا تبع فالعقد صحيح لوجود الشرط و هى الملكيه و ان كان المدرك حديث نفى الغرر فان قلنا: بان احتمال الغرر تمام الموضوع للفساد بحيث لا يكون للواقع دخل فيه يكون العقد صحيحا.

و اما ان قلنا بان احتمال الخطر يكون موضوعا للفساد بما انه يطابق الواقع بان يكون الخطر متوجها حسب الموازين فالعقد باطل.

و الظاهر هو الثانى فعليه لا بد من البناء على الفساد فى هذه الصوره و البناء على الصحه فيما لو احتمل الخطر و فى الواقع لا يكون خطر حسب الموازين و بان لهما عدمه بعد العقد فلو عقدا و الحال هذه ثم بان عدم الخطر فى الواقع يكشف عن عدم كونه خطريا.

ثم انه لا يخفى ان الميزان للفساد ان يصدق بيع الغرر فانه لو صدق هذا العنوان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۳۱

لحكم بفساده اعم من ان يكون المتعاقدان متوجهين او لم يتوجها او اختلفا فى التوجه و عدمه.

و الحاصل انه لو قلنا: بان الخطر عباره عن المعرضيه للخطر فالميزان للفساد تحقق هذا المعنى. فكل من يعتقد تحققه يحكم بالفساد و كل

من يعتقد عدمه يحكم بالصحه.

و مما ذكرنا علم انه لا بد ان يفصل المقام بهذا الوجه الذى فصلناه لا بما فصله الشيخ قدس سره.

ثم انه ظهر مما مر ان الرافع للغرر هو العلم الوجدانى قطعا كان او علما عاديا كالظن المعتبر و اما الظن غير المعتبر و كذلك الاصول التنزيليه لا تفيد حيث ان الاحتمال الموجب لصدق الغرر موجود.

[هل العبره بقدره الموكل أو الوكيل]

ثم إنه لو اوقع العقد الوكيل فان كان وكيلا- فى مجرد اجراء الصيغه فالاعتبار بقدره الموكل. و اما لو كان وكيلا فى جميع الجهات فلا شبهه فى كفايه قدرته و ان لم يكن الموكل قادرا عليه.

و اما اذا فرض عدم قدره الوكيل فيما اذا كان وكيلا فى جميع الجهات و لكن الموكل كان قادرا فهل يكون العقد صحيحا؟ الظاهر انه لا مانع من الصحه لان الوكيل وجود تنزيلى للموكل و مع تحقق القدره فى الوجود الحقيقى لا احتياج بقدره الوجود التنزيلى كما هو اوضح من ان يخفى.

و ربما يقال: بالبطلان لان العقد الصادر من الوكيل اذا كان صحيحا يقع موضوعا لترتيب الآثار و المفروض انه فاسد لعدم قدرته على التسليم.

و فساد هذا البيان اوضح من ان يخفى فانه لا مقتضى لاشتراط القدره فى الوكيل فان ما يوجب الفساد عباره عن الخطر و مع قدره الموكل لا خطر فى المعامله و هذا ظاهر.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۳۲

و ربما يظهر من صاحب الجواهر على احتمال و من صاحب المصابيح على احتمال آخر انه يكفى قدره المالك بشرط رضى المشترى بتسليم الموكل و رضى الموكل بالرجوع اليه، و فرع على ذلک بطلان بيع الفضولى لان العاقد و هو الفضولى غير قادر على التسليم و قدره المالک لا

أثر لها لان العقد لم يتحقق مبنيا عليها و البناء على القدره الواقعيه لا أثر له لان الشرط هى القدره المعلومه لا الواقعيه.

ثم اورد على نفسه بانه لا يمكن احراز القدره بالوثوق بها و اجاب عن ذلك بكفايه الوثوق فى احراز القدره.

و بعباره واضحه لو حصل الوثوق برضى المالك و ان الفضولى يقدر على ارضاء المالك يخرج الفضولى عن كونه فضوليا و ثانيا ان القائلين بصحه الفضولى لا يقصرون الحكم على هذا الفرض.

ثم ان الشيخ اورد على اصل المبنى بان رضى المشترى لا يوجب الصحه فان رضائه لا يخرج العقد عن كونه غرريا و على فرض التنزل فلا يقاس الفضولى بالمقام اذ فى الفضولى قبل الاجازه لم يتحقق عقد موضوع للأثر الشرعى و على فرض التنزل فما اجاب به غير تام اذ الرضا التقديرى الذى يحصل بعد المراجعه لا يخرجه عن العقد الفضولى. و على فرض التنزل فما دام لا يكون الرضا مبرزا بمبرز لا يكون اذنا فلا يكون خارجا عن الفضوليه.

و اما الجواب الثانى فلم يظهر وجه اشكاله.

اقول: ما افاده قدس سره بان رضى المشترى لا اثر له متين اذ على فرض البناء على كفايه قدره الموكل كما هو الحق فلا غرر و على تقدير كونه غرريا فلا أثر لرضاء المشترى فانه فى قوه أن يقال: الغرر لا يكون مبطلا للبيع مع رضا المشترى به فهو كما ترى.

و اما ما افاده من بطلان قياس المقام بباب الفضولى فهو صحيح أيضا لو قلنا:

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۳۳

بان العقد الصادر من الفضولى لا أثر له و المناط بزمان الاجازه فلا موضوع للغرر قبل الإجاره.

و اما لو قلنا: بان العقد الفضولى لا بد ان يكون

واجدا للشرائط المعتبره کی يكون قابلا لان يلحقه الاجازه فالقدره المشروطه فيه هی قدره الفضولی.

و اما ما أجاب عنه اولا بأن العلم بتحقق الرضا من المالک لا يخرج العقد عن الفضولی فليس صحيحا لان الميزان بالرضا الفعلی فاذا تحقق الرضا الفعلی فالحق كفايته كما بنينا عليه فی بحث الفضولی. و اما الرضا التقديری فلا يفيد شيئا كما افاده.

و مما يدل على كفايه رضاه ما رواه الشيخ قدس سره باسناده عن احمد بن محمد عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر عليه السّلام فی حديث قال: سأله رجل من اهل النيل عن أرض اشتراها بفهم النيل و اهل الارض يقولون:

هی أرضهم و اهل الاسنان يقولون: هی من أرضنا فقال: لا تشترها الا برضا اهلها «۱».

بتقريب انه عليه السّلام اشترط جواز الاشتراء برضايه اهلها و يمكن أن يجاب عنها بانه يستفاد منها ان رضی الاهل شرط لجواز الاشتراء و لا ينافی ان يكون شی ء آخر أيضا شرطا ككون البائع مالكا.

لكن يكفی فی اثبات المدعی مكاتبه الحميری انه كتب الى صاحب الزمان عليه السّلام ان بعض اصحابنا له ضيعه جديده بجنب ضيعه خراب للسلطان فيها حصه و اكرته ربما زرعوا و تنازعوا فی حدودها و تؤذيهم عمال السلطان و تتعرض فی الكل من غلات ضيعه و ليس لها قيمه لخرابها و انما هی بائره منذ عشرين سنه.

و هو يتجرح من شرائها لأنه يقال: ان هذه الصحه من هذه الضيعه كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلک صونا له و صلاحا له

---

(۱)- الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۱) من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (۳)

الجعفری، ج ۳، ص: ۳۳۴

و عماره لضيعته و انه يزرع هذه الحصه من القريه البائره يفضل ماء ضيعته العامره و ينحسم عن طمع اولياء السلطان و ان لم يجز ذلک عمل بما تأمره به إن شاء اللّه فاجابه عليه السّلام الضيعه لا يجوز ابتياعها الا من مالكها او بامره او رضى منه «۱».

فان هذه الروايه صريحه فى خروج العقد عن الفضوليه برضا المالک.

و اما وجه تأمله فى جوابه الثانى فلم يظهر وجهه فان ما افاده المستكمل متين جدا اذ الحكم بصحه الفضولى لا يختص بهذه الصوره فالملاک للصحه شی ء آخر.

ثم انه على تقدير القول باشتراط عدم الغرر فى البيع فهل يلحق الصلح بالبيع فى هذا الشرط او لا يلحق فنقول: ان الصلح اما يكون مبنيا على المسامحه و اما لا- يكون كذلک فعلى الاول لا يصدق عليه الغرر كما لو صولح عن أموال خطيره فى مقابل درهم فانه يمكن أن يقال: بانه لا خطر فى هذا الفرض فيصح الصلح.

و اما فيما يصدق عليه الغرر فاما يكون المدرک لاشتراط القدره على التسليم النهى عن بيع ما لا يملک و اما يكون المدرک حديث نفى الغرر فعلى الاول لا وجه لتسريته الى غيره لاختصاص النص بالبيع، و أما على الثانى فأفاد الاستاذ انه يستفاد من النهى عن الغرر عدم اختصاصه بالبيع بل الميزان صدق الغرر و عدمه، و لكن لا يمكن المساعده عليه لان الاحكام الشرعيه تعبديه لا يمكن التعدى الى غير مورده الا بالدليل.

و الذى يسهل الخطب ان المدرک ان كان حديث نفى الغرر فهو ضعيف و معه لا مجال للبحث عن الدلاله و لا موضوع لهذا البحث الطويل الا انا تعرضنا له تبعا للقوم و ان

كان المدرك تلك الروايه الداله على عدم جواز بيع ما لا يكون عنده فقد مر الكلام فيه.

---

(۱)- الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۱) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (۸)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۳۵

[من شروط العوضين العلم بقدر الثمن]

اشاره

مسأله- قوله: المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدرا ... «۱»

اقول: المشهور بين العلماء انه لا بد من العلم بمقدار الثمن و لا يجوز البيع بحكم أحدهما، و ما يمكن أن يكون وجها لهذا الشرط أمور.

الاول الاجماع،

و فيه انه لم يثبت حجيه الاجماع لا سيما فى المقام لكونه محتمل المدرك ان لم يكن معلوما.

الثانى حديث نفى الغرر،

و فيه ما مر اولا من انه لا دليل على اشتراط نفى الغرر فى المعاملات.

و ثانيا انه لا تلازم بين البيع بحكم أحدهما و تحقق الغرر فان البائع يمكن أن يبيع بحكم المشترى مع علمه بانه لا يحكم باقل من القيمه السوقيه فلا غرر بالنسبه اليه، و اما بالنسبه الى المشترى فلا غرر لأنه عالم بعمل نفسه و كذلك الحال فيما باع بحكم البائع.

الثالث الروايات الوارده فى المقام

(منها) ما رواه محمد بن يعقوب عن محمد ابن يحيى عن بعض أصحابه عن الحسين بن الحسن عن حماد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال يكره أن يشترى الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدرى كم الدينار من الدرهم «۲» و لكنها مرسله لا يمكن الاعتماد عليها.

و منها ما رواه السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام فى رجل يشترى السلعه بدينار غير درهم الى أجل قال فاسد فلعل الدينار يصير بدرهم «۳» فانها أيضا ضعيفه ببنان بن محمد فانه غير موثق.

و منها ما رواه وهب عن جعفر عليه السلام عن أبيه انه كره أن يشترى الرجل بدينار الا درهم و الا درهمين نسيه و لكن يجعل ذلك بدينار الا ثلثا و الاربعا

---

(۱)- المكاسب ص ۱۸۹ السطر (۲)

(۲)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۲۳) من ابواب احكام العقود الحديث (۱)

(۳)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۲۳) من ابواب احكام العقود، الحديث (۲)

و إلا سدسا او شيئا يكون جزء من الدينار «۱» و هذه الروايه ضعيفه بوهب فانه مردد بين الموثق و المطعون و المرمى بالكذب حتى قيل فى حقه انه كذاب.

و منهى ما رواه حماد عن جعفر عن أبيه عليه السّلام انه كره أن

يشترى الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدرى كم الدينار من الدرهم. «۲»

و هذه الروايه مخدوشه سندا بحسين بن الحسن الضرير هذا كله من ناحيه السند.

و اما الدلاله ففى دلاله بعض منها أيضا للمناقشه مجال كروايه حماد فان الكراهه فى قوله: عليه السلام (كره ان يشترى الثوب بدينار غير درهم) لا تدل على الفساد فانه يمكن أن يكون هذا القسم من المعامله مكروها عند الشارع.

و يمكن أن يستدل على الجواز بروايه اخرى و هى ما رواه رفاعه النخاس قال قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام ساومت رجلا بجاريه فباعنيها بحكمى فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت اليه بالف درهم فقلت هذه الف درهم حكمى عليك أن تقبلها فأبى أن يقبلها منى و قد كنت مسستها قبل أن أبعث اليه بالثمن.

فقال أرى أن تقوم الجاريه قيمه عادله فان كان قيمتها اكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد عليه ما نقص من القيمه و ان كان ثمنها أقل مما بعثت اليه فهو له قلت جعلت فداك ان وجدت عيبا بعد ما مسستها قال ليس لك أن تردها و لك أن تأخذ قيمه ما بين الصحه و العيب منه «۳».

و هذه الروايه و ان كانت صحيحه من حيث السند و لكنها لا تنطبق على الموازين و القواعد الفقهيه و لذا وقع محل الكلام فلا بد أن يرد علمها الى أهلها هذا تمام الكلام

---

(۱)- الوسائل الجزء (۲) الباب احكام العقود، الحديث (۳)

(۲)- الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۲۳) من ابواب أحكام العقود، الحديث (۴)

(۳)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱۸) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (۱).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۳۷

فى اشتراط العلم بمقدار الثمن.

[من شروط العوضين العلم بقدر المثمن]

اشاره

مسأله قوله:

العلم بقدر المثمن كالثمن شرط ...) «۱»

اقول ما يمكن ان يستدل على اشتراط العلم بمقدار المثمن امور.

(الاول)، الاجماع.

و فيه ما يرد فى غيره من الاجماعات من أن المنقول منه غير حجه و المحصل منه غير حاصل مضافا الى انه مدركى و لا أقل من احتماله فلا يكون اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم.

(الثانى) حديث نفى الغرر،

و فيه اولا بضعف سنده و ثانيا بكونه أخص من المدعى كما هو واضح.

(الثالث) الروايات الوارده الداله على اشتراط العلم فى المكيل و الموزون و المعدود

و هذه الروايات و ان كان بعضها مخدوشا سندا و بعضها الاخر مخدوشا دلاله لكن بعضها تام سندا و دلاله و هو ما رواه محمد بن على بن الحسين باسناده عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح بيعه مجازفه «۲».

و كذا ما رواه سماعه قال سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل و لا وزن؟ فقال اما أن تأتى رجلا فى طعام قد كيل و وزن تشترى منه مرابحه فلا بأس ان اشتريته منه و لم تكله و لم تزنه اذا كان المشترى الاول قد أخذه بكيل أو وزن.

و قلت له عند البيع انى أربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس «۳».

---

(۱)- المكاسب ص ۱۹۰ السطر (۶).

(۲)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۴) من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث (۱)

(۳)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۵) من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث (۷)

هذا فى الموزون و المكيل و اما اشتراط العلم فى المعدود فيمكن ان يستفاد مما رواه الحلبى عن هشام بن سالم و على بن نعمان عن ابن مسكان جميعا عن أبى عبد اللّه عليه السلام انه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعده فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال

ما بقى على حساب ذلك العدد قال لا بأس به «١».

فالحكم المذكور اعنى اشتراط العلم فى المكيل و الموزون و المعدود مستفاد من النصوص و اما فى غيرها فمع

انتفاء الغرر لا شبهه فی الجواز.

و اما مع کون المعامله غرریه فلو قلنا ببطلان البیع الغرری فهو، و الا فاطلاق دلیل الصحه محکم.

ثم ان فی المقام فروعا لا بأس بالتعرض لها.

(الاول) انه هل یکفی مجرد عدم الغرر فی المکیل و الموزون أو لا بد من الوزن و الکیل

الظاهر هو الثانی فان الدلیل هی الروایات و مقتضاها لزوم التعیین، و لو مع عدم الغرر، و علیه لا یجوز بیع مقدار من الموزون بمثله أو بغیره اذا کانا متساویین فی المالیه بلا تمیز مقدارهما بأن یجعل احد الجنسین فی احدی کفتی المیزان، و یجعل الاخر فی الاخری.

الثانی انه یشترط الکیل و الوزن فیما یکال و یوزن

و اما ما لا یکال بالکیل و الوزن اما لقلته کحبه من الحنطه او لکثرته کزبره الحدید فلا یشترط فیه الکیل و الوزن.

الثالث انه لا یشترط فی المکیل و الموزون المعرفه بهما دقیقا

بان یعلم ان المن من الحمص مثلا یعادل ای مقدار من المثقال، و هو یعادل أی مقدار من المن فانه لو اشترط فی صحه المعامله هذا المقدار من التمیز یلزم بطلان جل المعاملات لو لا الکل.

الرابع انه هل یشترط الزرع فی المزروع أم لا،

و التحقیق أن یقال یختلف الحکم حسب اختلاف المبنی فان قلنا بان الغرر یوجب البطلان، او قلنا بان المستفاد من الروایات اشتراط العلم فی المبیع یلزم رفع الغرر و الا فلا و اثبات احد الامرین

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۷) من أبواب عقد البیع و شروطه، الحدیث (۱)

فی غایه الاشکال.

[یقع الکلام فی جواز بیع المکیل وزنا و الموزون کیلا]

اشاره

قوله (قدس سره) فنقول اختلفوا فی جواز بیع المکیل وزنا و بالعکس و عدمه علی اقوال «۱».

اقول یقع الکلام فی جواز بیع المکیل وزنا و الموزون کیلا.

و فی المسأله اقوال خمسه:

الاول- جواز بیعه مطلقا سواء کان بیع المکیل بالوزن او بالعکس.

بتقریب ان المقتضی للصحه موجود و هو قوله تعالی: أحل اللّه البیع و غیره من العمومات او الاطلاقات الداله علی صحه البیع عرفا فیما اذا صدق البیع عرفا.

و اما المانع المتوهم فی المقام فاظهر ما فی الباب و هو ذیل صحیحه الحلبی و هو قوله علیه السّلام: و ما کان من طعام سمیت فیه کیلا فلا یصلح بیعه مجازفه و هذا مما یکره من بیع الطعام «۲».

اقول: ان هذه الروایه اما مجمله لتعارض قوله: لا یصلح مع قوله: مما یکره فعلی هذا فالامر ظاهر من عدم صلاحیتها للمانعیه عن بیع المکیل بالوزن و عکسه.

و اما لیست بمجمله و علی هذا التقدیر یستفاد منها ان بیع ما یوکل ان کان مجازفه یکون باطلا و هذا المعنی و ان کان متینا الا ان المقام لیس من صغریاته لعدم کونه مجازفه لان بیع المکیل بالوزن مثلا لیس بیعا جزافیا کما هو الواضح.

اضف الی ذلک روایه وهب عن جعفر عن ابیه عن علی صلوات اللّه علیهم اجمعین قال: لا بأس بالسلف ما یوزن فیما یکال و ما یکال فیما یوزن «۳» حیث ان المستفاد منها صحه بیع المکیل وزنا و بالعکس هذا تمام الکلام فی هذا الاستدلال.

---

(۱)- المکاسب ص ۱۹۱ السطر (۱۲).

(۲)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۴) من أبواب عقد البیع و شروطه، الحدیث (۱).

(۳)- الوسائل المجلد ۱۳ باب (۱) من ابواب السلف الحدیث (۱)

و فیه- انا نسلم ان المقتضی للصحه موجود کما ذکره الخصم الا

ان- المقتضى انما يؤثر اذا لم يكن مانع عن تأثيره فبما ان المانع موجود فى المقام لا يمكن الالتزام بالصحه- توضيحه- ان صحيحه الحلبى المذكوره فى الباب مانعه عن تأثير المقتضى حيث تدل على عدم بيعه جزافا.

و اما القول: بان بيع المكيل وزنا او عكسه لا يكون جزافا فممنوع، لان المشترى بعد كيل الموزون لا يعلم مقدار ما اشتراه من المبيع لكون الكيل مجهولا عنده و لا نعنى من الجزاف الا هذا هذا. اولا.

و ثانيا ان فى موثقه سماعه قال: سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن هل يصلح شرائه بغير كيل و لا وزن فقال: اما ان تاتى رجلا فى طعام قد كيل و وزن تشترى منه مرابحه فلا بأس ان اشتريته منه و لم تكله و لم تزنه اذا كان المشترى الاول قد أخذه بكيل او وزن و قلت له عند البيع: انى اربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس «۱» فيستفاد من هذه الروايه بمفهومها انه اذا لم يأخذ المشترى الاول بكيل او وزن و لم يقل عند البيع: انى اربحك الخ، فلا يجوز وزنا و عكسا.

و اما روايه وهب «۲» التى تمسك بها ففيها اشكال من جهتين سندا و دلاله، اما من جهه السند فهى ضعيفه بوهب ابن وهب فانه لم يوثق عند الرجاليين.

و اما من جهه الدلاله فان الروايه كما أفاده الشيخ ره ظاهره فى جواز اسلاف الموزون فى المكيل و بالعكس يعنى احد العوضين فى باب السلم من الموزون و الاخر من المكيل.

و يظهر هذا المعنى الذى نقول من التعبير بقوله (ع) فيما يكال و فيما يوزن «۳»

---

(۱)- الوسائل جلد ۱۲ الباب

(۵) من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث

(۲)- الوسائل، جلد ۱۳ باب (۷) من ابواب السلف، الحديث (۱)

(۳)- الوسائل جلد ۱۳ باب (۷) من ابواب السلف، الحديث (۱)

فلو كـان المراد منهـا جواز صـحه بيع المكيـل وزنـا او عكسه لكان حق التعبير أن يقول لا بأس بسـلف ما يكال بما يوزن و يؤيد المدعى ان الشيخ ذكر الروايه فی باب اسلاف الزيت فی السمن.

و ثالثا انه مع الاغماض عن الايراد فی السـند و الـدلاله نقول ان الروايه وردت فی مورد خاص و هو مورد السـلف و التعـدی من موردها لا دليل عليه هذا تمام الكلام فی القول الاول.

الثانی عدم جواز بيع المكيل وزنا و عكسه مطلقا

بتقريب ان المستفاد من روايه سماعه «۱» ان ما يوزن لا بـد ان يباع بالوزن و ما يوكل بالكيل و فيه ان الظاهر منها عدم موضوعيه بيع المكيل بالكيل و كـذلك الموزون بالوزن و بعباره أخرى- ان الحكم فی عـدم جواز التقـدير بغير ما يتعارف به التقدير ليس حكما تعبديا بل انه يكون من باب الطريقيه بأن يكون مقدار المبيع معينا حتى لا يكون البيع جزافيا- فعليه اذا كان فی بيع المكيل وزنا او فی عكسه مقدار المبيع معلوما بحيث لا يكون بيعه جزافا لا يبعد عدم شمول منع الروايات له.

الثالث- جواز بيع المكيل وزنا دون العكس

لان الوزن اصل الكيل و أضبط عنه و انما عدل اليه فی المكيلات تسهيلا للأمر.

و يرد عليه انه ان كـان المـدار ارتفـاع الغرر فيمكن رفعه بلاـ وزن و لا كيل و ان كان من باب التعبـد ففيه انه خلاف ظاهر روايه السماعه فان المستفاد منها عدم جواز بيع المكيل وزنا.

نعم قـد ذكرنـا انه لا موضوعيه للوزن بما هو وزن بل الوزن طريق الى العلم بالمقـدار الخارجی فلو حصل العلم بطريق كفی كما هو ظاهر مما ذكر ان وزن الكيل

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۵) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (۷).

بما هو بلا أن يكون الوزن طريقا الى الكيل و كذلك كيل الوزن بما هو بلا كونه طريقا الى الوزن لا يصحح و لا يمكن الالتزام بالجواز فانه جزاف و منهى عنه.

الرابع – ان يجعل كل من الكيل و الوزن طريقا الى الاخر مع التفاوت لكن بمقدار يتسامح فيه عرفا

اذ لا يعد مثله جزافا فيجوز.

و ربما يستدل على ذلك بما رواه عبد الملك بن عمرو قال: قلت: لأبى عبد اللّه (ع): اشترى مأئه روايه من زيت فاعترض روايه او اثنتين فأتزنهما ثم أخذ سايره على قدر ذلك قال: لا بأس «۱» لكن الروايه ضعيفه السند الا ان اثبات المرام فى المقام لا يحتاج الى الروايه اذ الميزان فى الصحه عدم صدق الجزاف و مع التسامح العرفى لا- يصدق الجزاف و لا- فرق فى جوازه بين صوره التعذر و عدمه لعين الملاک.

و ربما يقال: بانه يستفاد من الروايه الوارده فى الجواز اختصاص الجواز بصوره التعذر و هى ما رواه ابن مسكان عن ابى عبد اللّه (ع) انه سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعده فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب

ذلك العدد قال:

لا بأس به «۲».

لكن الانصاف انه لا يستفاد من الروايه و لو بمقتضى التقرير اختصاص الجواز بصوره التعذر، بل يفهم منها ان للعد طريقين احدهما الكيل بهذا النحو و ان ابيت عن ذلك فلا أقلّ من عدم دلالتها على عدم الجواز عند عدم التعذر فيكفى على طبق القاعده.

الخامس – ان يتفاوت احد التقديرين عن الاخر بما لا يتسامح فيه

افاد الشيخ

---

(۱)- الوسائل المجلد ۱۲ باب ۵ من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (۱).

(۲)- الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۷) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (۱).

بأنه لا بأس به ان كان البناء المعاملى على ذلك المقدار بحيث يكون التقدير اماره و طريقا الى الحد المعين.

و الظاهر ان ما افاده صحيح، اذ الميزان فى الفساد تحقق الجزاف و التقدير بهذا النحو يخرج العقد عن كونه جزافا نظير البيع بالمشاهده غايته لو لم يكن بهذا الحد يثبت الخيار للمشترى و عليه لنا أن نقول: بانه يجوز بيع صبره من الحنطه مردده بين كونها مأئه من او الف من و يجوز بيعها بعنوان كل من منها بكذا فانه يخرجه عن الجزافيه.

فانقدح مما ذكرنا انه لا يجوز الجزاف فى المكيل و الموزون و المعدود و انه يجوز بيع كل منها بالاخر فيما يكون طريقا و لم يتفاوت بما لا يتسامح فيه و اما جعله اصاله فلا يجوز حتى فيما يجعل الوزن طريقا للعدو كون الوزن اصلا له لا يفيد كما مر.

ثم انه وقع الكلام بين الاعلام فى تعيين ما هو المكيل و الموزون و لا يخفى انه ليس هذا خلافا فى هذين المفهومين بل المقصود ان الحكم تابع لموضوعه كبقيه الاحكام ففى كل مورد تحقق الموضوع ترتب عليه الحكم و الا

فلاـ او ان الميزان على زمـان النّبيّ صـلى اللّه عليه و آله اولا و حكم الباقى فى البلـد ان ما هو المتعارف فيها ثانيا و بما يكون من احدهما فى كل بلده ثالثا.

فقـد نسب صاحب الحدائق هذا المعنى الى الاصـحاب و انكره صاحب الجواهر، و يكون الشـيخ فى مقام اثبات ما ادعاه صاحب الحـدائق و اطـال فى المقـام بما لعله يوجب الملال مع ان هـذه التطويلات لا تثمر و لا تغنى كما هو ظاهر فان كلمات العلماء ان حصل منها الاجماع التعبدى الكاشف فهو و إلا فأى فائده فى استقصائها و نقلها.

و كيف كـان الحق فى المقام ان يقال: ان مـدرك الحكم ان كان حـديث نفى الغرر فلا بـد من لحاظ تحققه و عـدمه و ان كان الميزان كون الشـى ء مكيلاـ او موزونـا او معـدودا كمـا هو ظـاهر من تلك الروايات الخاصه المشار اليها فلا بـد من تحقق هـذه العناوين

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۴۴

ففى كل مورد تحقق يترتب عليه الحكم و الا فلا كبقيه القضايا الحقيقه فهل يمكن ان يقول احـد: بأن حرمه المسـكر تختص بما كان مسكرا فى زمن الرسول صلى اللّه عليه و آله و سلم بحيث لو وجد مسكر جديد بحسب الصناعه لا يحكم عليه بالحرمه؟

او لو كان الشـى ء الفلانى مسكرا فى زمنه و فى هذا العصر لا يكون مسكرا فان أثار الاشياء تختلف باختلاف الأزمان فيمكن ان يقال: بانه حرام مع انه ليس بمسكر و الظاهر انه خلاف الصناعه العلميه.

و المقام كذلك فانه فى كل مورد يكون الشى ء مكيلا او موزونا او معدودا لا يجوز بيعه جزافا و لو لم يكن فى زمن النّبيّ صلى اللّه عليه و آله

كـذلك بان كان و لم يكن بهـذا الوصف او لم يكن اصـلا، كما انه لو كان شـى ء فى زمانه من الموزونات و فى هـذا الزمان لا يعتبر فيه الوزن بل اعتبر فيه الكيل اولا يعتبر فيه شـى ء من المقادير فالمتبع هو الموضوع الفعلى و هـذا امر واضـح لا يكاد يخفى لمن تأمل فى امثال المقام

و ما استدل به او يمكن ان يستدل بأن الميزان بما كان موزونا فى زمن النّبىّ صلى اللّه عليه و آله وجوه.

الاول الاجماع

و فيه ان المحصـل منه غير حاصل و المنقول منه ليس بحجه و على فرض حصوله لا يكون حجه لكونه معلوم المـدرك و لا أقلّ من محتمله مضافا الى انه ليس فى المقام اجماع اصلا نعم ادعى عدم الخلاف فى المسأله و الفرق بينهما واضح.

الثانى– ان المراد بالعناوين المصداق الموجود فى زمن المتكلم.

و فيه– ان ذلـك انمـا يكون اذا كـان الاحكام من قبيل القضايا الخارجيه و اما اذا كانت من قبيل القضايا الحقيقيه ينافى ان يكون الميزان ما هو فى عصر المتكلم بل الحكم تابع لتحقق موضوعه فاى وقت يوجد يتبعه الحكم.

الثالث– انه يلزم حمل اللفظ على المعنى المتعارف عند الشارع

للزوم اخذ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۴۵

الموضوع من الشارع كأخذ الحكم عنه.

و فيه– ان الموضوع العرفى لا بـد ان يؤخـذ من العرف و ليس الموضوع من الماهيات المختره الشـرعيه كى يلزم اخـذ حدودها من الشرع– و اما فيما لم يثبت كونه منه فالميزان بما اتفق عليه البلدان و ما يمكن ان يستدل باعتباره امور.

الاول الاجماع– و فيه ما مر منا مرارا.

الثـانى– ان الحقيقه العرفيه لاـ بـد أن تؤخـذ من العرف و فيه انه مسـلم أيضـا فـان المفاهيم تؤخـذ من العرف لكن لا يثبت بهـذا المدعى فان الحكم تابع للموضوع العرفى ففى كل مورد تحقق الموضوع العرفى يترتب عليه حكمه.

الثالث– استدل بمقطوعه ابن هاشم عن رجاله ذكره فى حديث طويل قال:

و لاـ ينظر فيمـا يكال و يوزن الا الى العامه و لا يؤخـذ فيه بالخاصه فان كان قوم يكيلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم لان

اصل اللحم ان یوزن و اصل الجوز ان یعد «۱»

و فیها اولا انه لا اعتبار بسندها و ثانیا فی دلالتها لأنه لا یستفاد منها ما ارید فانه یستفاد من الروایه انه لا بد من لحاظ الاصل و علیه لو بیع اللحم عند المعامله بالکیل لا یجوز لان الاصل فی اللحم الوزن و المیزان فی کون شی ء موزونا او مکیلا او معدودا المکان الذی یتعاملان فیه فانه مقتضی کون القضیه حقیقیه فلو عقدا فی بریه لیس لها اهل فالظاهر

ان الحكم تـابع لنظر المتعـاملين و لو اختلفـا فلاـ يصـدق على مورد العقـد احـد العنوانين فلاـ يشـترط فيه شـى ء و لكن مقتضـى الاحتياط ان يتعاملا بنحو المصالحه او الهبه المعوضه و اما بنحو البيع المعاطاتى كما فى بعض الكلمات فغير سديد لان المعاطات كالبيع العقدى نوع من البيع و يشترط فيه ما يشترط فى البيع

مسئله قوله:

لو اخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور «۲».

---

(۱)- الوسائل جلد ۱۲ الباب ۶ من ابواب الربا الحديث ۶.

(۲)- المكاسب الصفحه ۱۹۴ السطر (۱۰)

اقول يجوز بيع الموزون و غيره باخبـار البـائع بالمقـدار و هـذا الحكم على القاعـده لان المانع اما الغرر و اما الجزاف و الظاهر انه يرفع عنوان الغرر و الجزاف بان يخبر البائع و يقع المبيع على ذلك العنوان و اما روايه الحلبى عن ابى عبد اللّه عليه السّلام انه قال فى رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم و ان صاحبه قال للمشترى:

ابتع منى من هذا العدل الاخر بغير كيل فان فيه مثل ما فى الاخر الذى ابتعت قال:

لاـ يصـلح إلا بكيل و قال: و ما كان من طعام سـميت فيه كيلا فانه لا يصـلح مجازفه هـذا مما يكره من بيع الطعام «۱» فاما تحمل على ما اذا أخبر البائع بالمقدار حدسا و اما على مورد لا يقع البيع على ذلك العنوان المعين بل يقع جزافا.

و امـا يقيـد بروايه محمـد ابن حمران قـال: قلت لأـبى عبـد اللّه (ع): اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله فصـدقناه و اخـذناه بكيله فقال: لا بأس فقلت: أ يجوز ان أبيعه كما اشتريته بغير كيل قال: لا أما انت فلا تبعه حتى تكيله

«۲».

فان هذه الروايه تدل على الجواز فيما كاله البائع فيقيد روايه الحلبى بهذه الروايه بأن نقول فى صوره اخبار البائع بالمقدار مستندا بالتقدير الحسى يجوز الاعتماد بقوله.

مضافا بانه لو وقع التعارض بين الروايتين يكون الترجيح مع روايه الجواز لموافقته مع الكتاب اضف الى ذلك كله ان الروايه الحلبى ناقشنا فيها من جهه الدلاله من حيث انها بواسطه وقوع كلمه (هذا مما يكره) فتكون مجمله و غير قابله للاعتماد عليها.

فتحصل انه لا مانع من ايقاع البيع على العنوان فانه لو باع الحنطه بعنوان كل من بكذا فلا يكون جزافا لكن لا يبعد ان يستفاد من موثقه سماعه عدم الجواز إلا مع

---

(۱)- الوسائل ج ۱۲ حديث ۲ من باب ۴ من ابواب عقد البيع و شروطه.

(۲)- الوسائل ج ۱۲ حديث ۴ من باب ۵ من ابواب عقد البيع و شروطه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۴۷

العلم بالوزن حيث قال سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن هل يصلح شرائه بغير كيل و لا وزن فقال: اما ان تأتى رجلا فى طعام قد كيل و وزن تشترى منه مرابحه فلا بأس ان اشتريته منه و لم تكله و لم تزنه اذا كان المشترى الاول قد أخذه بكيل او وزن و قلت له عند البيع: انى اربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس «۱»

بتقريب ان يقال بمقتضى مفهوم الشرط: انه لو كان موزونا يجوز الاشتراء بلا وزن و الا لم يجز باى نحو كان حتى فى صوره التقدير بان يشترى كل من بكذا، لكن لا يبعد ان يكون الجواب ناظرا الى سؤال السائل حيث سئل عن الاشتراء بلا وزن اى الاشتراء جزافا؟

فأجاب (ع) بانه فى صوره عدم الوزن عند الاشتراء لا يجوز و بعباره اخرى لا يبعد ان لا يكون الروايه ناظره الى صوره التقدير بان يباع كل من بكذا فلاحظ.

ثم انه لو باع مستندا باخبار البائع عشره امنان فمع عدم التخلف لا يترتب عليه شى ء كما هو واضح و اما مع التخلف فاما يكون بالنقيصه و اما بالزياده اما مع النقيصه فالبيع صحيح فان هذا التخلف ليس كتخلف العناوين النوعيه العرفيه فلا وجه للبطلان و على الصحه هل يكون العقد لازما او جائزا؟

الحق هو الثانى اذ القصد تعلق باشتراء العشره و ما وقع عليه القصد ناقص فيكون للمشترى الخيار لكن هذا الخيار اى قسم من الخيار خيار الغبن او خيار تخلف الوصف و هو تخلف شى ء يكون وجوده و عدمه دخيلا فى مقدار الثمن و عليه لا يكون فى المقام تخلف الوصف اذ كل من له قيمته معينه كالكتابه فى العبد فانها تؤثر وجودا و عدما فى قيمه العبد او خيار تبعض الصفقه اما خيار الغبن فليس اذ المفروض انه لم يغبن و أيضا ليس خيار تخلف الوصف لما ذكرنا.

و اما خيار تبعض الصفقه فموجود فله ان يرد المبيع و له ان يمسك و يرد الزائد

---

(١)- الوسائل ج ١٢ باب ٥ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (٧)

من الثمن هذا فى طرف النقيصه.

و اما لو زاد فيمكن القول بالخيار للمشترى للاشتراك و اما البائع فلو اشترط ان المبيع يبقى على حالته الاولى فطبعا يثبت له الخيار و الا فلا لكن تحقق هذا الشرط من قبل البائع محل اشكال و بعيد عن الانظار.

ثم ان الحكم فيما يجعل طريقا الى

المقدار كما يجعل أحد المقادير طريقا للمقدار الاخر كاخبار البائع بالمقدار فى الآثار و الاحكام فانه يحكم بالصحه و بثبوت خيار تبعض الصفقه.

ثم انه هل يلزم حصول الظن من الطريق أم لا مقتضى روايه «۱» ابى العطارد لزوم حصول الوثوق من الطرق لكن الروايه ضعيفه السند.

و مقتضى روايه «۲» ابن حمران قال قلت لأبى عبد اللّه اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه و أخذناه بكيله فقال لا بأس عدم لزوم حصول الظن بل البناء على قوله يكفى فلا وجه لاعتبار حصول الظن و لو نوعيا مضافا الى ذلك فان الظن لا يغنى من الحق شيئا فلو قام دليل على جواز الاعتماد لقول البائع فالمتبع اطلاقه و مع عدم الدلاله لو قلنا بان العقد على المقدار يوجب الصحه كما هو قريب جدا اذ يخرج بذلك عن كونه جزافا فلا يلزم حصول الظن.

و اما ما أفاده السيد الاستاذ دام ظله فى المقام من عدم الخلاف فى بطلان البيع فيما يكون جاهلا بالمقدار و تعاقد مبنيا على المقدار الخاص.

ففيه ان المعاقده مبنيا على المقدار الخاص لا يصدق عليها الجزاف مع قيام الطريق عليها، و على فرض التشكيك فى كون مثله جزافا فالمرجع اطلاق دليل

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۵) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (۶).

(۲)- الباب (۵) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (۴)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۴۹

الصحه. لاستصحاب عدم كونه جزافا لجريان الاصل فى الشبهات المفهوميه على مسلكنا، و التحقيق موكول الى محل آخر.

[الكلام فى بيع بعض من جمله متساويه الاجزاء كصاع من صبره]

اشاره

قوله: (قدس سره) مسأله بيع بعض من جمله متساويه الاجزاء كصاع من صبره مجتمعه الصيعان او متفرقتها او ذراع من كرباس او عبد من عبدين و شبه

ذلك يتصور على وجوه «۱»

اقول بيع الصبره يتصور على اقسام.

منها ان يباع بعنوان الكسر المشاع

اشاره

و هذا لا اشكال فيه و انما الكلام فی كيفيه الاشتراك افاد الاستاذ فی مسئله بيع نصف الدار بأنه لا يمكن الالتزام فی الاشاعه بأن كل واحـد من المالكين يملك مقدارا من المملوك بل لا بد ان يقال بأن المالكين بمنزله المالك الواحد و اسـتدل على ما رامه بوجوه.

الوجه الاول ان الجسم و ان كان بحسب البرهان لا يصل الى حد لا يكون قابلا للتجزيه

و لـذا عللوا بـأن الجوهر الفرد ممـا لا يتعقل وجوده و لكن بنظر العرف يصل الى حـد لا يكون قابلا للتقسـيم فلو قسم الجسم الى هـذا الحـد بحيث لاـ يكون قابلا للقسـمه فنسأل ان هـذا الـذی لا يكون قابلا للقسـمه ملک لأحـدهما المعين او ملک لكليهما او خـارج عن ملكهمـا امـا على الاـول فيلزم الترجيـح بلا مرجـح و على الثانی لا يكون قابلا للقسـمه كی يكون مشاعا بينهما و على الثالث يلزم ان لا يكون ملكا لهما مع انه ملک لما حسب القواعد كما بقی من مورثهما مثلا.

و يرد عليه اولا بالنقض بأن الملک الشخصـی لأحد لو انقسم الى حد لا يكون قابلا للقسـمه فلو فرض تقسـيمها الى قسمين نسأل من ان كـل جزء ملک لمن؟ فـانه ان كـان ملكـا لمالكه فيلزم الخلف اذ المفروض ان نصـفه ليس قابلا للملوكيه و ان قلنا انه بلا مالک فهو كما ترى.

---

(۱)- المكاسب الصفحه (۱۹۵) السطر (۴).

ان قلت: ان هذا فرض و الاحكام الشرعيه ليست دائره مدار الفرض و التقدير بل تكون مدار ما يقع عاده فی الخارج.

قلت على هذا الاصل الاشـكال غير وارد لان تقسـيم الجسم الى حد لا يكون قابلا للقسمه كی يتوجه هذا الاشكال أمر فرضی لا واقع له فان كان مجرد الفرض يكفی للإشكال فالنقض وارد و ان لم

يكف فيه فالاشكال غير وارد هذا اولا.

و ثانيا ان الجزء الذى لا يتجزى عرفا اما يقسم بالقسمه الخارجيه و اما يقسم بالقسمه الوهميه و على الاول اما يصير تالفا بالقسمه و اما لا يصدق عليه التالف اما على فرض التلف فلا موضوع للسؤال بانه ملك لمن و اما على تقدير عدم صدق التلف فاعم من ان يقسم خارجا او وهما نجيب بان الجزء غير القابل للتجزيه لا ملك لهذا و لا ملك لاخر و لا ملك للثالث و لا ملك بلا مالك بل جزء لمملوكهما و هذا هو الجواب الصحيح فالاشكال غير وارد.

الوجه الثانى– ان الورثه لو كانوا بحد لا يكون سهم كل واحد منهم ذا ماليه

فهذا المال الباقى من الميت يكون بلا مالك فلو أتلفه الغاصب لم يضمن لان حصه كل واحد لا تقابل بالمال.

و يرد عليه– اولا– انه مجرد فرض و لا واقع له فى الخارج.

و ثانيا– ينتقض بما لو أتلف صبره حنطه من زيد غايه الامر حبه حبه ففى اتلاف كل حبه لا يصدق اتلاف مال الغير فما يكون الجواب هناك هو الجواب فى المقام أيضا.

و ثالثا– انه فى مفروض الكلام يصدق ان الغاصب أتلف هذا المال فكما ان اعتبار الملكيه للشريكين او الشركاء كان صحيحا بالنسبه الى اصل العين كذلك يصح اعتبار الملكيه لهم بالنسبه الى بدله كما هو ظاهر.

الوجه الثالث– انه يمكن ان تصل القسمه الى حد لا يكون قابلا لصدق الملكيه

فلو فرض كثره الورثه بحيث وصلت القسمه الى حد لا يكون قابلا لاعتبار الملكيه فنسأل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٥١

من ان هذا الملك مملوك لمن؟

و فيه اولا ينتقض بملك واحد لشخص واحد لو قسم حتى وصل الى هذا الحد فهو مملوك لمن.

و ثانيا ان هذا مجرد فرض و تقدير.

و ثالثا ان الشى ء يكون قابلا لاعتبار الملكيه و باقيا فى الملك و لو وصل الى غايه حد الخسه و لذا لو فرض ان زيدا لا يرضى ان يتصرف احد فى مملوكه حتى فى عود واحد من الكبريت بعد الاستعمال و احتراق مقدار منه لا يجوز التصرف فى ذلك العود و هذا معنى اعتبار الملكيه.

الوجه الرابع– انه لا يتصور الاشاعه بمعنی المشهور فی البسائط اصلا

کحق التحجیر او بالنسبه الی الافعال کما فی ملکیه الصلاه فی ذمه الاجیر. و فیه ان البسائط لا تکون قابله للقسمه الخارجیه و اما القسمه الاعتباریه فلا محذور فیها فای محذور فی اشتراک شخصین علی نحو الاشاعه بالمعنی المشهور بالنسبه الی حق او فعل.

فانقدح مما ذکرنا عدم توجه هذه المحاذیر مضافا الی ان القول بمقاله الاستاذ یوجه علیه ان احد الشریکین لو باع حصته من الدار فهذا البیع صحیح او باطل فان کان صحیحا یثبت المطلوب لأنه مالک للنصف و علی مقالته کیف یمکن الالتزام بالصحه و الحال انه لیس مالکا. و علی القول بالبطلان یلزم خلاف البداهه الفقهیه بل یلزم خلاف القانون المدنی و یلزم سد باب خیار الشفعه.

و مما ذکرنا یظهر ان القول بان الاشتراک معناه کون کل واحد من المالکین مالکا لتمام العین غایه الامر بالملکیه الضعفه فاسد لأنه یرد علیه اولا انه لا مقتضی لکونه مالکا لتمام المال و ثانیا نسأل بانه لو باع حصته یجوز البیع

بلا اجازه الشريك الاخرام لا؟ فعلى القول بالجواز نسأل من مقتضى الجواز فان الملكيه الضعيفه ان كانت مقتضيه له يلزم جواز بيع جميع المال و ان لم تكن مقتضيه يلزم فساده حتى بالنسبه الى النصف فعلى كل تقدير يتوجه الاشكال و هذا القول فى غايه السقوط

و السخافه.

و ملخص الكلام- ان بيع صاع من صبره يتصور على وجوه منها ان يقصد الاشاعه و الظاهر انه لا اشكال فى صحته بلا فرق بين العلم بمقدار الصبره و عدمه و أيضا لا فرق بين اختلاف جنس الاصوع من حيث اجزائها و اتحادها فلا وجه لما افاده الشيخ قدس سره فى صدر العنوان بقوله: متساويه الاجزاء و أيضا لا فرق بين ان يباع الكسر من الصبره و بين ان يباع النصف من العبدين.

و نقل عن العلامه الاشكال فى بيع عبد من عبدين و يمكن ان يكون نظره فى الاشكال الى مقام الاثبات بان عبدا من عبدين لا يكون ظاهرا فى الاشاعه.

و فيه ان الكلام فى مقام الثبوت لا فى مقام الاثبات و الحكايه و الظهور و بعباره اخرى يمكن ان يكون ناظرا الى انه يلزم ان يصرح بمتعلق القصد كما يلزم التصريح بالصيغه. و اما لو قلنا بكفايه القصد و لا يلزم التلفظ به فضلا عن التصريح به فلا وجه للإشكال.

و كيف كان تاره يقصد الاشاعه و قد قلنا: بصحه هذه الصوره.

و منها ان يقصد الفرد المردد

و هذا يتصور على نحوين.

احدهما ان يكون فى الواقع معلوما لكن مجهول عند المتعاملين بحيث لا يلزم الغرر كما لو كان له ثلاثه كتب متساويه باع مجلدين منها و بقى واحد فيبيعه و لا شبهه فى صحه هذا البيع.

و لا يرد

عليه انه غررى فـان مجرد الجهـل لا يوجب الغرر و أيضا لا يكون الجهل موجبا للبطلان لعـدم الـدليل عليه و الاجماع على فرض تحققه مـدركى و كون الابهـام موجبـا للبطلان لا دليل عليه و أيضا لا يتوجه عليه بان الملك صـفه وجوديه يحتاج الى محل فان المفروض ان المبيع له واقع.

ثانيهمـا- ان يكون مرددا حتى فى الواقع و لاـ شـبهه فى بطلاـنه لأـنه لا واقع له فالفرد المردد إن كان هو الاول فلا يتوجه عليه ان الملكيه تحتاج الى المحل اذ المفروض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٥٣

ان الواقع محفوظ و ان كـان المراد هو الثانى فلاـ وجه للإشـكال بـانه مجهول فـانه لاـ واقع له لاـ انه مجهول فـالجمع بين هـذين الاشكالين مما لا وجه له.

و منها- ان يبيع صاعا من الصبره بالعنوان الكلى فى المعين

اشاره

و يقع الكلام تاره فى تصويره و اخرى فى صحته.

اما المقام الاول [فى تصويره]

فنقول: انه ليس على نحو الاشـاعه لاـن البيع لم يقع على الخارج و ليس واقعا على الفرد الواقعى المعلوم و لا على الفرد المجهول المنتشـر و أيضا ليس كليا فى الذمه و اشتراط ادائه من الصبره فانه لو تعذر الشـرط يلزم صـحه البيع و خيار تخلف الشرط و ليس واقعـا على الكلى لاـ بشـرط بحيث يكون قابلاـ للانطباق على جميع الصبره فانه يترتب عليه انه لو اتلف المشترى بعـد البيع جميع الصبره لا يكون ضامنا للبائع.

و لكن يمكن ان يقـال: بـان ضـمان المشترى لاـ يـدل على هـذا المعنى اذ لو كـان البيع واقعا على الكلى و لو فى المعين لا وجه لصـيروره جميع الصبره ملكـا للمشترى غـايه الاـمر للبائع ان يعطيه فى مقام الاداء تمام الصبره و عليه يكون الصبره الا الصاع منها ملكا للبائع فالضمان على القاعده.

و هنـا وجه آخر لبعض الاعاظم و قـد ادركنا عصـره و هو ان يكون المبيع كليا مضافا الى الخارج فان المفهوم تاره يقيـد بمفهوم آخر اضـيق فتصـير دائرته أضـيق من الاول كما لو قيـدت الحنطه بكونها ابيض او من مكان خاص و هكذا و اخرى تقيد بمضـيق خارجى و ليس معناه انه كلى انحصـر فرده فى كذا فان الكلى الذى ينحصر فرده يمكن انطباقه على فرد آخر غايه الامر ليس فى الخارج الا فرد واحد بل الكلى المضاف الى الخارج عباره عن كلى مأخوذ من الخارج.

و اورد على هذا الوجه السيد الاستاذ دام ظله بايرادين.

احدهما انه يلزم ان لا يكون الغاصب ضامنا للمشترى لو اتلف جميع الصبره

لان المشترى ليس مالكا من الصبره

شيئا، و الحال ان الكلى فى المعين اذا صار ملكا لأحد يترتب عليه الضمان على المتلف للمالك.

ثانيهما انه لو لم يكن الكلى مضافا الى الذمه و لم يكن من الخارج فلا ماليه له عند العقلاء و ليس مورد غرضهم فلا بد من تصوير الكلى فى المعين بنحو آخر و هو انه يكون كالواجب التخييرى.

و بعباره أخرى كما ان الواجب التخييرى لا يكون ملونا بلون مخصوص و لا يكون الخصوصيات واجبه و مع ذلك لا يكون الواجب خارجا عن تلك الافراد كذلك المبيع اى يكون المشترى بعد البيع مالكا لصاع من جمله الاصوع غايه الامر ليس مملوكه شخصا بخصوصيته هذا ملخص كلامه.

و يرد عليه ان ما اورده اولا بان الغاصب لو اتلف يلزم ان لا يكون ضامنا نسأل بانه مع فرض كون المبيع مضافا الى الخارج فاى وجه فى عدم الضمان و ما الفرق بين ان يضاف الكلى الى الذمه و بين ان يضاف الى الخارج و بما ذكر ظهر دفع الاشكال الثانى كما هو ظاهر.

و لتوضيح الحال نقول: لا بد من تشريح الاضافه الى ما فى الخارج فانه لو لم يكن مضافا الى الذمه كما هو المفروض و لم يكن الاداء من الخارج شرطا و لا يكون بنحو الاشاعه و لا بنحو الفرد المنتشر فما معنى الاضافه الى الخارج.

و بعباره اخرى لا نتعقل معنى للإضافه يغاير المعنى الذى تصوره بنفسه و جعله معنى صحيحا فان البيان مختلف و الالفاظ متفاوته فالحق ان ما افاده بعض مشايخ الاستاذ و هو الصحيح فى هذا المقام هذا تحقيق الحال فى المقام الاول.

و اما المقام الثانى [فى صحته]

فالحق جواز بيعه بهذا النحو و ما يمكن ان يقال فى وجه الفساد امور منها انه

غررى.

و فيه اولا- لا دليل على بطلان الغرر كما مر تحقيقه. و ثانيا يمكن ان لا يكون

غرريا كما مر آنفا فى القسم الثانى فانه مع كون الاجزاء متساويه الاجزاء لا يتصور الغرر اصلا مضافا بان الغرر عباره عن الخطر و لو فرض انه على جميع التقادير لا يكون متضررا من هذه المعامله بل يكون رابحا فلا موضوع للغرر.

و منها انه يكون مبهما.

و فيه- ان الابهام لا يكون موجبا للفساد على اطلاقه و بعباره اخرى ما المراد من الابهام فانه لو كان المراد من الابهام الابهام الواقعى و عدم التعين بوجه فليس الامر كذلك و ان كان المراد منه بمعنى آخر اى ليس فردا معينا خارجيا فعلى المستشكل أن يأتى بدليله الذى يدل على البطلان.

و منها انه غير معهود

فان المعهود من بيع الكلى هو الكلى فى الذمه لا الكلى فى المعين.

و فيه- اولا- ان عدم المعهوديه لا يوجب الفساد اذا كان موضوعا لأدله الصحه من العموم و الاطلاقات.

و ثانيا- كيف لا يكون معهودا مع انه معهود فى الوصيه و الاصداق و اما معهوديته فى خصوص باب البيع فغير لازم.

مضافا الى ذلك ما ورد فى بيع القصب فانه يدل على المقصود و هو ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محبوب عن على ابن رئاب عن بريد بن معاويه عن أبى عبد اللّه عليه السّلام فى رجل اشترى من رجل عشره آلاف طن قصب فى انبار بعضه على بعض من اجمه واحده و الانبار فيه ثلاثون الف طن فقال البائع: قد بعتك من هذا القصب عشره آلاف طن فقال المشترى: قد قبلت و اشتريت و رضيت فاعطاه من ثمنه الف درهم و وكل المشترى من يقبضه فاصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون الف طن و بقى عشره آلاف طن فقال: العشره آلاف طن التى

بقيت هى للمشترى و العشرون التى احترقت من مال البائع «١».

و منها انهم اتفقوا على حمل استثناء الارطال من بيع الثمره على الاشاعه.

اشاره

و فیه انه یمکن ان یکون وجه ذهابهم الیه استظهارهم من الکلام و من مقام الاثبات او بلحاظ تعبد خاص و الکلام فی المقام انه مع وقوع البیع علی هذا النحو یکون العقد صحیحا و لیس البحث فیما یستفاد من الکلام فی مقام الاثبات.

قوله: مسألة لو باع صاعا من صبره فهل ینزل علی الوجه الاول من الوجوه الثلاثه المتقدمه أعنی الکسر المشاع او علی الوجه الثالث و هو الکلی «۲».

اقول: لو باع صاعا من صبره هل یحمل علی

الاشاعه بنحو الكسر المشاع او ينزل على الكلى فى المعين الظاهر هو الثانى فان الظاهر ان الصاع بما هو عنوان للمبيع لا انه عنوان للكسر و يدل على المقصود حديث ابن معاويه المتقدم آنفا حيث انه عليه السلام لم يفصل فى الجواب، بل اجاب على نحو الاطلاق بان الباقى للمشترى، فيعلم ان مقتضى اللفظ لو لا القرينه الخارجيه هو الكلى فى المعين.

ان قلت ان حمل الامام (ع) بيع القصب على الكلى فى المعين انما هو بالتعبد فلا يمكن التعدى الى غيره.

قلت ان حمله على ذلك انما هو بلحاظ كون اللفظ ظاهرا فيه كما هو واضح و ليس من باب التعبد كما هو أوضح من أن يخفى و ملاحظه الروايه و التأمل فى مجموعها شاهد صدق فلاحظ و تأمل.

ان قلت ان لفظه من فى هذه الجمله للتبعيض فتكون الجمله بملاحظتها ظاهره فى كون الصاع مبيعا على نحو الاشاعه، قلت الصبره اسم للمجموع و الصاع الكلى

---

(۱)- الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۱۹) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (۱).

(۲)- المكاسب ص ۱۹۶ السطر (۲۲).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۵۷

جزء من مجموع الصبره و بعباره أخرى كما ان الكسر المشاع جزء من الصبره، كذلك الصاع الكلى جزء منها.

قمّى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ۲ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ۳، ص: ۳۵۷

و أفاد السيد الاستاذ دام بقائه بأنه لو حمل على الكسر المشاع مثلا يكون كل من الشريكين مالكا للكل على نحو الاشاعه و بما ان الشريكين بمنزله المالك الواحد يكون بيع صبره من الصاع على هذا بيع جميع الصبره و هو خلاف المفروض لان المفروض

عدم بیع جمیع الصبره.

و یرد علیه انه علی تسلیم صحه مبنی الاشاعه لا یمکن المساعده مع الاستاذ بجریان هذا البیان فی جمیع موارد الشرکه فیلزم جواز بیع کل شریک جمیع المال المشترک و هو بنفسه لا یرضی بهذا اللازم.

[یتفرع علی المختار من کون المبیع کلیا أمور]

اشاره

قوله: ثم انه یتفرع علی المختار من کون المبیع کلیا امور ... «۱»

اقول: ان الثمرات بین القولین کثیره.

منها انه اذا فرض کون المبیع علی نحو الکلی فی المعین یکون التعیین بید البائع فلیس للمشتری اقتراح الخصوصیه علی البائع

خلافا للمحقق القمی فانه یقول: بان الاختیار فی التعیین بید المشتری. و اما اذا فرض کونه علی نحو الکسر المشاع فللمشتری ان لا یرضی بتعیین البائع فان رضاء کلیهما شرط فی المقام فیحتاج القسمه الی التراضی.

و منها انه لو تلف بعض الصبره و بقی مقدار حق المشتری فعلی تقدیر کون المبیع کلیا یکون التلف من البائع

و اما علی تقدیر کونه بنحو الاشاعه فیحسب التالف علیهما و یقسم الباقی بینهما.

و منها ما لو فرض ان البائع بعد ما باع صاعا من الصبره باع من شخص آخر صاعا کلیا آخر فتلف الجمیع بالتلف السماوی الا صاعا واحدا

فاذا قلنا: بکون

---

(۱)- المکاسب ص ۱۹۶ السطر (۳۱).

المبیع علی نحو الکسر المشاع فالضرر متوجه علی کلیهما ای علی المشتری الاول و الثانی.

و امـا اذا قلنـا: بكونه كليـا فى المعين فهـل الضـرر متوجه على المشترى الثانى فقط او يشتركان؟ اختار الشـيخ قـدس سـره و تبعه الميرزا بان الضرر متوجه الى الثانى.

و افـاد الشـيخ بـأن الظـاهر انه اذا بقى صاع واحـد كان للأول لان الكلى المبيع ثانيا انما هو فى مال البائع و هو ما عـدا الصاع من الصبره فاذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلى فيه ساريا فقد تلف المبيع الثانى قبل القبض فهو من مال بايعه.

و يرد عليه- انه لاـ وجه لتوجه الضـرر على غير المشترى الاـول و لاـ وجه لسـريان الكلى فى مـال البائع فلا وجه لترجيـح الاول و مقتضـى القاعده انه لو بقى صاع يكون مشتركا بينهما لعدم خصوصـيه لأحدهما افاد المرزا (ره) بان قانون التزاحم يقتضى ذلك فان الترجيح للأسبق زمانا فكما ان هناك يقدم اسبق زمانا كذلك فى المقام فيقدم المشترى الاول على الثانى.

و يرد عليه أن التزاحم تاره يقع بين الشـيئين حـدوثا و اخرى بقاء فان تقـديم الاسـبق انما يكون فيما يقع التزاحم فيه فى الحدوث كمـا لو وقع التزاحم بين الصوم الواقع فى اول الشـهر و الصوم الواقع فى آخره فـانه لاـ شـبهه فى تقـديم صوم اول الشـهر لتمـاميه موضوعه بخلاـف صوم آخر الشـهر فـان التكليف المتوجه اليه غير فعلى من جهه موضوعه و امـا فى المقـام فلا تزاحم بينهما فى الحدوث بل التزاحم فى

البقاء و القاعده تقتضی التقسیم بینهما غایه الامر یثبت لکل منهما خیار تبعض الصفقه.

ان قلت: ان المقام یکون نظیر ما اذا و کل المالک احدا لبیع داره مثلا و باعها بنفسه من آخر فانه یکون کل من العقدین باطلا فیکون المقام کذلک.

قلت: ان بطلان المعاملتین فی الدار انما هو لعدم قابلیه بیع دار واحده من شخصین علی نحو الاستقلال و صحه احدهما بدون الاخر ترجیح بلا مرجح فتکون المعاملتان باطلتین قهرا، و هذا بخلاف المقام، و المفروض أن المعامله وقعت فی کلا الموردین و بعباره اخری التزاحم هناک فی الحدوث و فی المقام یکون التزاحم فی البقاء.

[صور إقباض الکلی]

قوله: قدس سره ثم اعلم ان المبیع انما یبقی کلیا ما لم یقبض و اما اذا قبض فان قبض منفردا عما عداه کان مختصا بالمشتری.

و ان قبض فی ضمن الباقی بان أقبضه البائع مجموع الصبره فیکون بعضه وفاء و الباقی امانه حصلت الشرکه لحصول ماله فی یده و عدم توقفه علی تعیین و اقباض حتی یخرج التالف عن قابلیه تملک المشتری له فعلا و ینحصر حقه فی الباقی فحینئذ حساب التالف علی البائع دون المشتری ترجیح بلا مرجح فیحسب علیهما «۱».

و یرد علیه انه لا وجه لما افاده فانه یترتب علی الاقباض آثار القبض بانه لو تلف جمیع الصبره یکون من تلف المبیع بعد القبض و اما الشرکه فلا وجه لها.

---

(۱)- المکاسب ص ۱۹۷ السطر (۶).

التحقیق فی وجه الفرق بین مسأله بیع صاع من صبره و مسئله استثناء

اشاره

قوله: ره (هذا کله لا اشکال فیه و انما الاشکال فی انهم ذکروا فیما لو باع ثمره شجرات و استثنی منها ارطالا معلومه) «۱».

اقول قد بینا آنفا انه لو بیع صاع من صبره یحمل الصاع علی الکلی فی المعین دون الکسر المشاع. و ربما یسئل فی المقام عن

الفرق بين هذه المسأله التى حملها المشـهور على كونه كليا فى المعين و بين ما لو بيعت ثمره اشجار و استثنى منها ارطال معلومه فـانهم ذهبوا فى مسـئله الاسـتثناء الى حمـل الارطـال على الاشـاعه كما هو ظاهر فتاويهم حيث افتوا بانه لو خاست الثمره او تلف بعضها سقط من المستثنى بحسابه.

و لكنهم قالوا فى المقام بظهور الصاع فى الكلى فى المعين و عليه لو تلف المبيع

---

(۱)- المكاسب ص ۱۹۷ السطر (۳۱).

لا يحسب على المشترى لكونه مالكا للكلى فان الكلى

باق ببقاء الصبره فحكم البائع فى مسئله الاستثناء كحكم المشترى فى مسئله صاع من الصبره و اذا حمل الصاع على الكلى فى المعين فلا بد ان يقال به فى مسئله الاستثناء أيضا فما كان حكمه على نحو الاشاعه كما قالوا بها فى مسئله الاستثناء فلا بد ان يقال بمثله فى مسئله بيع صاع من الصبره أيضا بان يحمل الصاع على الاشاعه هذا تقريب السؤال و الاشكال.

و ما قيل: او يمكن ان يقال فى دفع الاشكال وجوه:

الوجه الاول ان مقتضى القاعده فى كلتا المسألتين هى الاشاعه

الا انهم حملوا مسئله بيع الصاع من الصبره على الكلى فى المعين للنص الوارد فى خصوص المقام.

و هى صحيحه البريد بن معاويه عن أبى عبد اللّه (ع) فى رجل اشترى من رجل عشره آلاف طن قصب فى انبار بعضه على بعض من اجمه واحده و الانبار فيه ثلاثون الف طن فقال البائع قد بعتك من هذا القصب عشره آلاف طن فقال المشترى قد قبلت و اشتريت و رضيت فاعطاه من ثمنه الف درهم و وكل المشترى من يقبضه فاصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون الف طن و بقى عشره آلاف طن فقال العشره آلاف طن التى بقيت هى للمشترى و العشرون التى احترقت من مال البائع «۱».

و هذه الروايه كما ترى صريحه فى الكلى فى المعين و حيث ان القصب لا دخل له فى الموضوع قطعا نقول به فى بيع صاع من الصبره أيضا.

و اورد عليه الشيخ ره بان النص ان استفيد منه حكم القاعده الكليه لزم التعدى عن مورده الى مسئله الاستثناء او بيان الفارق و ان استفيد منه التعبد المحض و انه

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱۹) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (۱).

على خلاف القاعده

فیجب الاقتصار علی مورده و هو بیع القصب و لا یمکن التعدی حتی الی بیع صاع من الصبره.

و فیه انا نعلم بالقطع و الوجد ان عدم الفرق بین مورد القصب و بین سایر موارد البیع بخلاف مسئله الاستثناء فیمکن حمل مسئله بیع الصاع علی الکلی فی المعین بالتعبد و لا یمکن التعدی الی مسئله الاستثناء لاحتمال وجود خصوصیه فی تلک المسأله.

و لکنه مع ذلک یرد علی القول بالاشاعه اولا انها اذا کانت موافقه للقاعده کما ذکرتم فی المقام فیما ان المتعاملین أیضا قصدا ذلک فهو یقع فی الخارج لکون العقود تابعه للقصود فکیف یحکم بالنحو الکلی فی المعین فمن هذا یکشف عدم کون الاشاعه موافقه للقاعده و الموافق لها انما هی الکلی فی المعین.

و أیضا کیف یجوز للمشتری فی مسئله استثناء الارطال التصرف فی الثمره بلا اذن البائع مع ان مقتضی الشرکه عدم الجواز و أیضا بای وجه فرقوا بین التلف السماوی و اتلاف المشتری حیث قالوا بتوجه الخسران علیهما فی الاول و اختصاص الثانی بالمشتری مع ان مقتضی الاشاعه کون الخساره علی الشریکین.

و ثانیا أن مقتضی القاعده لو کان الاشاعه فلا بد ان یتوقف جواز تصرف احدهما باذن الاخر و الحال ان الفقهاء ذهبوا الی جواز تصرف البائع فی المستثنی بدون اذن المشتری.

فالتحقیق ان یقال ان التالف یحسب علی کلیهما سواء کان التلف سماویا او باتلاف المشتری علی القول بالکسر المشاع نعم اذا کان المشتری متلفا لها یکون ضامنا للبائع بخلاف ما اذا کان التلف سماویا فان احدهما لا یضمن للاخر.

الوجه الثانی– مما قیل فی دفع الاشکال ان مقتضی القاعده و ان کان هو الکلی فی المعین الا ان الاجماع قام علی الحمل علی الاشاعه فی مسئله الاستثناء.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۶۳

و فیه اولا انا بینا فی الاصول عدم حجیه الاجماع.

و ثانیا علی فرض تسلیمها لیس الاجماع بنفسه

حجه بل لکونه کاشفا عن رأی المعصوم و لیس فی المقام کذلک لکونه محتمل المدرک ان اغمضنا عن القطع بکونه معلومه.

و ثالثا انا نفرض ان الاجماع قائم علی الحمل علی الاشاعه فی مسئله الاستثناء و لکنه یبقی سؤال وجه الفرق بین ما اذا کان التلف سماویا او باتلاف المشتری فاذا کان مقتضی الاجماع هو الحمل علی الاشاعه فلا بد ان یحسب التالف علی کلیهما فی کلتا الصورتین و لا وجه للتفصیل بین التلف و الاتلاف کما لا یخفی.

الوجه الثالث: فی وجه الحمل علی الکلی فی المعین فی مسئله صاع من صبره و الحمل علی الاشاعه فی مسئله الاستثناء

هو انه یجب علی البائع اقباض الصاع من المشتری من باب الشرط الضمنی فما دام حق المشتری باقیا فی الصبره یجب علیه دفعه الی المشتری فهذا یدل علی ان المبیع کان علی النحو الکلی فی المعین بخلاف مسئله الاستثناء فانه لا یجب فیه الاقباض فیحمل الارطال علی الاشاعه.

و فیه اولا- انه ینتقض بمسأله الزکاه التی قالوا فیها بالاشاعه و یحسب التالف علی المالک و الفقراء معا مع انه یجب علی المالک اقباضه من الفقراء فوجوب الاقباض لا- یکون دلیل لإثبات الکلی فی المعین بل ان الاقباض کما یجب فی صوره الکلی فی المعین کذلک یجب فی الاشاعه.

و ثانیا ان القول باختصاص وجوب الاقباض بصوره الکلی فی المعین و عدم وجوبه فی صوره الاشاعه یستلزم الدور.

(توضیحه) ان وجوب الاقباض یتوقف علی عدم الاشاعه و اثبات عدم الاشاعه بوجوب الاقباض دوری و الحال ان الخصم قد جعل عدم وجوب الاقباض دلیلا علی الاشاعه کجعله وجوب الاقباض دلیلا علی عدم الاشاعه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۶۴

الوجه الرابع ما عن مفتاح الکرامه فی مقام بیان الفرق بین المسألتین

و هو ان التلف فی مسئله بیع الصاع من الصبره یکون قبل القبض فیلزم علی البائع تسلیم المبیع و لو بقی بمقدار الصاع فقط لان المفروض انه لا یملک الا صاعا کلیا مجردا عن جمیع الخصوصیات الخارجیه فما دام ان مصداقا من الکلی باق فی ملک البائع لا بد ان یسلمه الی المشتری و هذا بخلاف مسئله الاستثناء فان التلف فیه بعد القبض ای بعد ما کان المستثنی مقبوضا بید مالکه.

و بعباره واضحه لیس معنی الاستثناء ان البائع ملک المشتری جمیع ثمره الاشجار ثم تملک منه المستثنی بل معناه ابقاء المستثنی فی ملکه مع خصوصیاته الخارجیه فنسبه التالف الی دل من

المستثنى و المستثنى منه على حد سواء.

و الحاصل ان مال المشترى وصل اليه و مال البائع امانه عنده فمقتضى القاعده ان يحسب التالف عليهما فلا وجه لاحتسابه على المشترى فقط دون البائع هذا تمام كلامه بتوضيح منا.

و فيه اولا- ان التلف قبل القبض و بعده لا- يوجب فرقا فى المقام لان البحث فى المقام انما يكون فى الاشاعه و عدمها و هذا اجنبى من كون التلف قبل القبض او بعده.

و ثانيا ان تسليم المبيع الى المشترى فى مسئله صاع من صبره من الباقى قبل القبض يتوقف على عدم الاشاعه فاثبات عدم الاشاعه بوجوب اقباض البائع يكون دوريا.

و ثالثا نسأل بانه ما المراد من قوله: ان التلف فى مسئله الاستثناء بعد القبض فان كان المراد منه ان التلف يكون بعد ايصاله الى المشترى ففيه ان ذلك يوجب عدم ضمان البائع للمشترى لكون التلف بعد القبض و هذا امر مسلم لا ننكره الا انه لا يكون جوابا عن سؤال الفرق بين المسالتين.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٦٥

و ان كان المراد ان الكلى الذى يستحقه البائع قد كان فى يده و لم يخرج بالاستثناء عن ملكه بل كان مقبوضا بيده فحصل الاشتراك بينهما فيكون المبيع مشتركا على نحو الاشاعه بينهما.

فيرد فيه بانه ما الوجه فى حصول الشركه فانه لو كان اقباض الارطال من المشترى اقباضا لمملوك المشترى بالنسبه الى ما بيع منه و أمانه بالنسبه الى ملك البائع فنسأل من وجه الاشتراك و ان كان كون الشى ء مقبوضا فى يد مالكه موجبا للشركه على نحو الاشاعه فلا بد أن يكون ذلك فى كلتا المسألتين، و لا وجه لتفرقه بينهما، و ان شئت قلت انه ما الموجب للاشتراك

فانه لا موجب للشركه، و لا وجه للتفرقه بين المقامين.

الوجه الخامس ما أفاده الشيخ و هو ان بناء المشهور فى مسأله استثناء الارطال

ان كان على عدم الاشاعه قبل التلف و اختصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود كما ينبئ عنه فتوى جماعه منهم بانه لو كان تلف البعض بتفريط المشترى كان حصه البائع فى الباقى.

و يؤيده استمرار السيره فى صوره استثناء الارطال المعلومه من الثمره على استقلال المشترى فى التصرف و عدم المعامله مع البائع معامله الشركاء فالمسألتان مشتركتان فى التنزيل على الكلى و لا فرق بينهما الا فى بعض ثمرات التنزيل على الكلى و هو حساب التالف عليهما.

و لا يحضرنى وجه واضح لهذا الفرق الا دعوى ان المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشائع فى ما يسلم للمشترى لا مطلق الموجود وقت البيع.

و ان كان بنائهم على الاشاعه من اول الامر امكن ان يكون الوجه فى ذلك ان المستثنى كما يكون ظاهرا فى الكلى كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل الى المشترى بالبيع كليا بمعنى انه ملحوظ بعنوان كلى يقع عليه البيع.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۶۶

فمعنى بعتك هذه الصبره الا صاعا منها بعتك الكلى الخارجى الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلى كنفس الصاع فكل منهما مالك بعنوان كلى فالموجود مشترك بينهما لان نسبه كل جزء منه الى كل منهما على نهج سواء فتخصيص احدهما به ترجيح من غير مرجح و كذا التالف نسبته اليهما على السواء فيحسب عليهما و هذا بخلاف ما اذا كان المبيع كليا فان مال البائع ليس ملحوظا بعنوان كلى فى قولنا بعتك صاعا من هذه الصبره اذ لم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصاع.

و الحاصل ان الفرق بين المقام و مسئله صاع من

صبره ان الصاع كلى مملوك للمشترى و فى المقام يكون كل من المملوكين كليا فلا وجه لترجيح أحدهما على الاخر.

و فيه ان مملوك المشترى لو كان كليا فى مسأله الارطال فلا بد ان يكون البائع مالكا للخصوصيه و يكون عين تلك المسأله بلا فرق فلا وجه لان يحسب التالف عليهما.

بل لا بد ان يحسب على البائع فقط و أيضا لا وجه لجواز تصرف المشترى فى الثمره بلا اذن المالك اعم من ان يحصل الاشاعه بالقبض على المبنى الفاسد و من عدم حصول الشركه على القول الحق اذ على الاول تحصل الشركه لا يجوز التصرف و فى المال المشترك و على الثانى الامر واضح لان الخصوصيه ملك للبائع فلا يجوز التصرف فى ملكه هذا ما يرجع باحد مفروضى كلامه و اما ما أفاده فى الفرض الاخر فنقول ان ما افاده (من ان المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشائع فيما يسلم الخ) على خلاف المقصود ادل فانه قدس سره ذكره وجها لاحتساب التالف بالنسبه اليهما و لكنه يدل على خلاف المقصود اذ لو كان المبيع هو الكلى الشائع فيما يسلم للمشترى فلا يكون الثمره مشتركه على نحو الاشاعه بين البائع و المشترى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۶۷

و مع عدم الاشتراك لا وجه للاحتساب عليهما فهذا الذى جعله وجها لان يحسب عليهما يكون دليلا على عدم الاحتساب و يكون دليلا لان يختص الخساره بالمشترى.

الوجه السادس ما افاده المحقق الاصفهانى

و هو أن الصاع بما له من المعنى ظاهر بالظهور العرفى فى الكلى فى المعين و اما فى هذه المسأله يكون الاستثناء ظاهرا فى المتصل و هو يقتضى الاشاعه.

توضيحه- ان حمل الاستثناء على المنقطع خلاف الظاهر فلا يصار اليه الا بالقرينه و

المفروض فی المقام عدم وجود قرینه صارفه لظهور الکلام فمعنی الاستثناء فی قوله: بعت الاثمار الا أرطالا معلومه انه لولاه لدخل المستثنی فی المستثنی منه فیکون من جنسه و مشتمله علی خصوصیاته فبما ان المستثنی منه یکون ملکا للمشتری مع جمیع خصوصیاته الخارجیه کذلک المستثنی ملک للبائع مع جمیع خصوصیاته الخارجیه فیکون شریکا للمشتری علی النحو الکسر المشاع.

و خلاصه الفرق بین مسئله بیع صاع من الصبره و بین بیع اثمار الشجره الا الارطال المعلومه ان ظهور الصاع یکون فی الکلی فی المعین و لا یعارضه ظهور آخر و هذا بخلاف مسئله استثناء ارطال معلومه فانه یعارضه ظهور الاستثناء فی الاشاعه.

و الوجه فی التقدیم ان ظهور البیع فی الکلی معلق علی عدم ظهور الاستثناء فی الاشاعه و من الظاهر ان الظهور التعلیقی لا یعارض الظهور التنجیزی فعلیه لو کان الظهور التنجیزی موجودا اعنی الظهور فی الاشاعه فلا تصل النوبه الی الظهور التعلیقی اعنی ظهور المبیع فی الکلی.

و اورد علیه السید الاستاذ بان ظهور الاستثناء فی الاتصال و ان کان لا یمکن انکاره الا انه لیس معنی ذلک أن کون المستثنی مشترکا مع المستثنی منه فی جمیع خصوصیاته الخارجیه و من الواضح ان فی قولنا جاءنی القوم الا زیدا لا یکون المستثنی

مع المستثنی منه کذلک بل معنی الاستثناء المتصل ان المستثنی یکون من جنس المستثنی منه بحیث لولاه لدخل فیه- و هذا المعنی کما یکون فی الاشاعه کذلک فی الکلی فی المعین.

و بعباره واضحه ان ظهور الاستثناء لا ینافی ظهور المبیع فی الکلی فی المعین حتی یکون حاکما علیه لأنه لو لا الاستثناء یکون المستثنی داخلا فی المستثنی منه.

و یرد علیه

ان المتفاهم العرفى من المستثنى و المستثنى منه اشتراكهما فى جميع الخصوصيات الخارجيه فبما ان المستثنى منه يكون ملكا للمشترى مع جميع خصوصياته يكون المستثنى ملكا للبائع مع الخصوصيه اذ ظهور الاستثناء يقتضى هذا المعنى.

و الحق ان يقال فى جواب المحقق الاصبهانى انه اذا كان مقتضى الاستثناء عند العرف هو الاشاعه ليلزم منه عدم جواز تصرف المشترى بلا اذن من البائع و الحال ان جواز تصرفه بلا اذنه مسلم عندهم و كذا يلزم منه اذا اتلف المشترى يحسب التالف عليهما بمقتضى الاشاعه غايه الامر يكون المتلف ضامنا له و الحال انهم قالوا بانه يحسب على المشترى فقط و عليه ان ما افاده المحقق المذكور أيضا غير تام.

الوجه السابع ما افاده المرزا النائينى قدس سره

و هو ان المبيع فى كلنا المسألتين كلى الا- ان المشترى فى مسئله بيع الصاع من الصبره لا- يملك الا- الكلى المجرد عن جميع الخصوصيات و على هذا لا وجه لاحتساب التالف عليه و هذا بخلاف مسئله الاستثناء فان البائع يملك الكلى مع الخصوصيه كما أن المشترى يملك الكلى مع الخصوصيه فالتالف يحسب عليهما.

و اتضح من هذا وجه عدم احتساب التالف على البائع لو اتلفه المشترى.

و الوجه فيه ان حقه لم يكن مشاعا فى مال المشترى بل كان مالكا للكلى و

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۶۹

كذا ظهر وجه جواز تصرف المشترى بلا اذن من البائع لأنه لم يكن شريكا معه على وجه الاشاعه حتى يحتاج تصرفه الى الاذن بل كان مالكا للكلى كما بيناه و على فرض حصول الاشاعه بعد العقد من جهه كون الثمره باجمعها تحت يد البائع يكون تصرفه بلا اذن البائع لبناء المتعاقدين فى المعامله على ذلك و الشرط الضمنى هذا ملخص كلامه زيد

فی علو مقامه.

و یرد علیه ان ما أفاده من ان البائع یملك الکلی مع الخصوصیه فی مسئله الاستثناء یوجب سؤالا و هو ان البائع مالك لجمیع الخصوصیات الموجوده فی المبیع او بعضها.

فان کان مالکا لجمیع الخصوصیات بتمامها فعلیه یکون المشتری مالکا للکلی المجرد عن الخصوصیات لأنها مملوکه للبائع علی الفرض فلیلزم منه احتساب التالف علی البائع فقط لکون المشتری مالکا للکلی فی المعین و هذا خلاف المقصود.

و ان کان مالکا لبعض الخصوصیات الموجوده فلا بد من ان یسئل من ان بعض الخصوصیات الذی لا یکون البائع مالکا له بانه غیر مملوك او له مالك فعلی الاول یلزم ان یکون ملکا بلا مالك و علی الثانی یتعین ان یکون المشتری مالکا له.

و القول بعدم کونه مملوکا له واضح الفساد طبعا و علی هذا الفرض فانه اما مالك له علی نحو الاشاعه کما ان البائع کذلك یعود المحذور و هو وجه الفرق بین المقام و مسئله بیع صاع من الصبره و اما لا یکون مالکا له علی الاشاعه و فساده ظاهر.

و التحقیق فی الجواب ان یقال أن العین کما انها قابله للانتقال علی نحو الکسر المشاع الخارجی کان یقول بعتك ثلث الدار او ربعه فیحصل الشرکه بین الطرفین و یتفرع علیه عدم جواز تصرف احدهما فیه الا برضی الاخر و أیضا یتفرع علیه احتساب التالف علیهما سواء کان تالفا بالتلف السماوی او باتلاف من المشتری.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۷۰

کذلك انها قابل للانتقال علی نحو الکسر الکلی فی المعین، و فی هذا الفرض کما انه یجوز اضافه الکلی الی الشخص بنحو القضیه الخارجیه کذلك یجوز بنحو القضیه الحقیقیه فتاره یوصی أحد بربع أمواله بنحو الکسر الخارجی

لزيـد، و نتيجه ذلـك انه يلزم اعطـاء الربع له و ان لم يبق من المـال الاـ هـذا المقـدار و لاـ يحسب عليه التـالف بحسابه، و اخرى يوصى بالربع بنحو الكسر الكلى على نحو القضيه الحقيقيه.

و نتيجه ذلـك انه كل ما يسـلم للورثه يكون ربعه للموصـى له و كلما تلف يحسب عليه بحسابه، اذا عرفت هـذه المقـدمه فنقول يمكن أن يكون استثناء الارطال من الثمره بنحو الصوره الثالثه، فيترتب عليها امور اربعه.

الاول ان اختيار التعيين بيد المشترى فانه مقتضى الكليه بالنسبه الى مملوك البائع فان مملوكه كلى.

الثانى جواز تصرف المشترى فى المبيع بدون اذن المالک لأنه لا يكون مالکا للخصوصيه حتى يحتاج تصرف المشترى الى اذنه.

الثالث احتساب التالف عليهما بالنسبه لكون المستثنى على نحو القضيه الحقيقيه.

الرابع انه لو اتلف المشترى من المال شـيئا لا يحسب على البائع لان اتلافه فى قوه قبضه لحقه و التقسـيم انما كان بيـده فانه جعل حق المالک فى الباقى بسبب اتلافه جزءا من المبيع.

فتلخص مما ذكرنا فرق بين المسألتين فان الصاع كلى فى المعين بنحو القضـيه الخارجيه و فى المقام المستثنى هو الكسر لكن لو حظ بالنسبه الى الثمره بنحو القضيه الحقيقيه و مع التامل فيما ذكرنا لا يبقى مجال للإشكال فتأمل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٧١

ان قلت: اذا كان مسـئله بيع اسـتثناء الارطال من باب الكلى فى المعين يلزم منه ان لا يحتسب التلف عليهما و هو خلاف ما ذهب اليه القوم.

قلت: انا بينا الوجه فى احتساب التالف عليهما و اخترنا ذلک و ذكرنا انه عباره عن كون المسـتثنى على نحو القضـيه الحقيقيه فقد علمت مما ذكرنا ان مقتضاها احتساب التالف عليهما هذا تمام الكلام فى وجه الفرق بين

المسألتين و له الحمد و الشكر اولا و آخرا.

[أقسام بيع الصبره]

قوله: قدس سره قال فى الروضه تبعا للمحكى عن حواشى الشهيد ان اقسام بيع الصبره عشره ... «۱»

أقول: ان بيع الصبره يقع على اقسام فان الصبره تاره تكون معلومه و اخرى تكون مجهوله فان كان مقدار الصبره معلوما و باع جميع الصبره يكون البيع صحيحا و كذا اذا باع جزءا معلوما منها كالعشر او التسع او باع صاعا او صيعانا مع العلم باشتمال الصبره على هذا المقدار او اذا باع الصبره كل صاع بقيمه معلومه فان البيع فى هذه الاقسام الاربعه صحيح لكون المثمن معلوما كالثمن.

و اما اذا باع كل صاع من الصبره فأفاد المرزا النائينى ره انه يظهر من العلامه فى بعض كتبه (من الحكم بصحه الاجاره لو قال الموجر آجرتک الدار كل شهر بكذا فى الشهر الاول و بطلانه بالنسبه الى ما زاد عليه) صحه البيع فى المقام بالنسبه الى صاع واحد و بطلانه فيما زاد عليه و اورد عليه بقوله: الاقوى البطلان فى كلا المقامين لان تردد متعلق العقد بين الاقل و الاكثر يقتضى الجهل به.

اقول: ان كان مراده قدس سره ان بيع كل صاع من الصبره بان يباع جميع الصبره على نحو كل صاع بكذا فلا اشكال فى الصحه لعدم لزوم الغرر منه و لعدم كونه جزافا فلا وجه للبطلان لكن ليس مرادهم هذه الصوره بل الظاهر ان مرادهم

---

(۱)- المكاسب ص ۱۹۸ السطر (۱۳)

ما اذا كان المبيع مرددا فى مقام البيع بانه الاقل او الاكثر بمعنى انه خمسه صياع او عشره مثلا فيكون هذه المعامله باطله لا من جهه فقد شرط فى العقد بل من جهه

عدم مقتضى للصحه و كذا فى الاجاره فانه لا يعلم انه آجرها شهرا او شهرين فان التردد فى متعلق العقد بين الاقل و الاكثر يوجب الاهمال فى متعلق الانشاء و الاهمال فى الواقع امر غير معقول.

و ربما يقال: بالصحه فى الاجاره بخلاف البيع لان الشهر الاول فى باب الاجاره معلوم فتكون صحيحه بالنسبه اليه بخلاف البيع فان الصاع الواحد لا تميز له فان المشترى لو اخذ مجموع الصبره لا يقع العوض فى مقابل الكلى.

لكنه يدفع بانه لا وجه لأخذ المشترى مجموع الصبره اذ مملوكه صاع واحد كلى فى المعين فلا مقتضى لأخذ المجموع.

و لكن الحق فى المقام ان يقال بالصحه فى كلا المقامين بالنسبه الى القدر المتيقن منها فان القدر المتيقن فى باب الاجاره هو الشهر الاول و فى باب البيع صاع واحد بنحو الكلى فى المعين و لا اشكال فى البيع.

و اما لو كان مقدار الصبره مجهولا فيبطل البيع و ان كان المبيع جميع الصبره لكون المبيع مجهولا على الفرض و كذا لو باع ربعه او ثلثه للجهل و اما اذا باع مقدارا يعلم باشتمال الصبره عليه يكون البيع صحيحا كما اذا قال: بعتك صاعين منها و يعلم باشتمال الصبره عليهما يقينا فلا مانع من صحته و اما الجهل بنسبه الصاعين اليها لا يضر بالمعامله و اما لو لم يعلم اشتمال الصبره على مقدار المبيع فانه محل الخلاف.

و ربما يقال فيه بالبطلان للغرر فيه عرفا لعدم علم المشترى بان الثمن المدفوع يقابل اى مقدار من المثمن.

و يرد فيه انه لا يلزم منه الغرر لا من باب ارتفاعه بالخيار بل لأنه لا غرر اصلا نعم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۷۳

لو كان للهيئه الاجتماعيه دخل

فی المطلوب لکان له خیار تبعض الصفقه و الا فلیس له خیاره بل یسترد الزائد فلو اشتری کل صاع بتومان و اشتری ثلاثه اصواع فظهر انه صاعان یسترد تومانا واحدا و اذا کان مجموع الصبره مجهولا و لکن المشتری یقول اشتریت کل قفیز منها بدرهم ذهب السید الاستاذ الی صحه البیع فی هذه الصوره لأنه لا وجه للبطلان لعدم کونه جزافا.

و لیس فیها غرر و یرد علیه ان البیع فی هذه الصوره و ان لم یکن جزافا الا ان النص الدال علی اشتراط بیع الموزون بالوزن و المکیل بالکیل یقتضی الفساد و ان لم یکن فیه غرر.

[مسأله اذا شاهد عینا فی زمان سابق علی العقد علیها]

اشاره

قوله قدس سره: مسأله اذا شاهد عینا فی زمان سابق علی العقد علیها ... «۱»

اقول: لو شاهد عینا سابقا علی العقد علیها و کانت غائبه حین العقد هل یجوز بیعها معتمدا علی الرؤیه السابقه أم لا.

اما علی ما سلکناه و قلنا بانه لا دلیل علی کون مطلق الغرر مبطلا للبیع فلا ریب فی صحته.

و أما علی مسلک القوم القائلین بکون الغرر مبطلا للبیع فالمشتری یکون اما عالما ببقاء الاوصاف علی حالها السابق او ان العاده تقتضی بقائها الی حین العقد و عدم تغیرها عن صفاتها السابقه بحیث یحصل الوثوق للمشتری او اعتمد علی اخبار البائع باعتبار انه ذو الید یقبل قوله فلا وجه للبطلان اصلا لعدم لزوم محذور من الغرر و غیره.

و أما اذا شک فی بقائها علی صفاتها السابقه و عدم بقائها فأفاد الشیخ فی المقام بانه یستصحب عدم التغیر فیکون المقام نظیر اخبار البائع فی جواز الاعتماد علیه

---

(۱)- المکاسب ص ۱۹۸ السطر (۲۵)

فیما اذا اخبر بالکیل او الوزن لان الاصل

من الطرق التى يتعارف التعويل عليها.

و اورد عليه المرزا النائينى ره بان الاستصحاب لا يجرى فى المقام لان الاثر أعنى به عدم الغرر لا يترتب على الواقع حتى يكون الاستصحاب مؤثرا فيه بل انه مترتب على احراز صفات العين كانت فى الواقع او لم تكن فان ارتفاع الغرر من آثار العلم بوجود هذه الصفات فاستصحاب بقاء الصفات لا أثر له.

و استشكل عليه السيد الاستاذ بأن هذا الايراد منه يكون على خلاف مبناه فى باب القطع فانه قدس سره ذهب فيه الى ان العلم قد يؤخذ فى الموضوع على نحو الوصفيه و الاخرى على نحو الطريقيه فاذا كان العلم مأخوذا فيه على نحو الطريقيه فمع فقدانه يقوم مقامه دليل آخر من الامارات او الاصول التنزليه و المقام كذلك فان العلم بالصفات قد اخذ فى الموضوع على نحو الطريقيه فمع انتفائه يقوم مقامه الاستصحاب لكونه من الطرق المعتبره و من الاصل التنزيلى.

و يمكن ان يورد على الشيخ بوجه آخر و هو ان الاستصحاب يقوم مقام القطع الطريقى الا ان استصحاب بقاء الصفات و عدم تغيره لا ـ يرفع الغرر الا ـ بالاصل المثبت فبما ان الاصول لا ـ تكون لوازمها حجه لا يمكن التمسك بالاستصحاب فى المقام فان الغرر عباره عن الخطر و بجريان الاستصحاب لا يرتفع الغرر الا على النحو المثبت.

فتلخص ان الاقوى صحه البيع بانيا على رؤيته السابقه او اعتمادا على اخبار البائع ببقاء الصفات ثم انه لا شبهه فى جواز البيع مع اشتراط الخيار اذ الشرط يرفع الغرر فاذا انكشف خلاف ما وصفه البائع فللمشترى أن يفسخ العقد او يرضى به.

لا يقال: ان ثبوت الخيار متوقف على صحه العقد فكيف تكون صحه العقد متوقفا على الخيار و

هذا دور.

لأنا نقول: ان ثبوت الخيار متوقف على صحه العقد كما ذكرت الا ان صحه

العقد لا تتوقف على الخيار الشرعى حتى يلزم الدور بل هو متوقف على الخيار العرفى و بمجرد تحققه ينعقد البيع فتشمله الادله.

و بعباره واضحه ان البيع لو جعل فيه الخيار لا يكون غرريا فيصح فلو صح يثبت الخيار.

و ربما يقال ببطلان البيع كما نسب ذلك الى العلامه و ما قيل: او يمكن ان يقال فى وجه البطلان وجوه:

الاول ان العقد تعلق بالمبيع مع كونه واجدا لأوصافه السابقه و هو مقصود المشترى و اما المبيع الفاقد للصفات لا يكون مقصودا له و لم يتعلق به القصد و ان شئت فقل ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

و يرد عليه بانه لا وجه للبطلان و الوجه المتوهم هو تخلف الوصف و هو بمنزله تخلف الشرط فكما ان تخلف الشرط لا يوجب بطلان البيع كذلك تخلف الوصف و لا يقاس تخلف الوصف بتخلف العنوان لان الثانى يقع بازائه الثمن بخلاف الاول فان الاوصاف لا تقابل بالاثمان فغايه الامر ان تخلف الوصف يوجب الخيار للمشترى.

الثانى ان الوصف اذا كان بمنزله الشرط فانتفاؤه يقتضى انتفاء المشروط فيكون البيع باطلا.

و يرد عليه ان معنى الشرط عباره عن الالتزام فى الالتزام بمعنى ان المشترى يجعل التزامه بالبيع مشروطا بوجود الوصف فى المبيع فعدمه يوجب الخيار للمشترى لا انه يبطل العقد من اصله لأنه لا يكون قيدا لنفس العقد حتى يلزم من انتفائه انتفاء العقد.

و هنا قول ثالث و هو ان البيع صحيح و لازم من دون ان يكون للمشترى خيار فى المقام اذا لم يشترطا وجود الوصف فى ضمن العقد

لان الوصف الغير المذكور

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۷۶

لا اثر له و ان وقع العقد مبنيا عليه.

و يرد عليه انـا لاـ نسـلم لزوم البيع لاـن بناء المتعاملين تعلق بهـذا الشـرط حيث انهما اوقعا العقـد مبنيا عليه فيكون فى نظر العرف كالمذكور فى الكلام.

و بعباره واضـحه ان المقـدر كالمذكور هنا عند العرف كما يقال نظير ذلك فى باب الغبن حيث ان بناء المتعاملين وقع على عدم الغبن و لا يحتاج الى الـذكر لكونه أمرا ارتكازيا و ان شـئت فقل ان ارتكازيات العقلاء لا تحتاج الى الـذكر نعم اذا كان الشـرط من الامور الراجعه الى الاغراض الشخصـيه و لم يكن من باب المقـدر كالمذكور عند العرف ككون العبد كاتبا و نحو ذلك من الـدواعى الموجبه لايقاع البيع فلا يوجب تخلفه الخيار ما دام لم يـذكر فى متن العقد و ان كان البائع عالما بتعلق غرض المشترى بكون العبد واجدا لصفه الكتابه مثلا الا فيما وقع بينهما مقاوله بحيث تعد فى العرف قرينه للمقصود.

قوله: ففواتها فوات حق للمشترى ثبت بسببه الخيار دفعا لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه. «۱»

أقول ان قاعـده لا ضـرر لا تكون مـدركا للخيار لان العقـد الواقع على المبيع الفاقـد للأوصاف اذا كان ضـرريا يكون باطلا و هو خلاـف المـدعى لاـن المـدعى وجود الخيـار لاـ نفى اصـل الصـحه و بعباره واضـحه ان دليل نفى الضـرر يـدل على بطلان البيع الضررى و لا يدل على اثبات الخيار و هو خلاف المدعى.

و السـيد الاستاذ و ان تسلم فى المقام كون البيع المذكور ضرريا الا انه ادعى عدم شمول قاعده اللاضرر لما نحن فيه لأنها تكون من باب الامتنان على الامه فجريانها بالنسبه الى البائع خلاف الامتنان

فان المنه ان تكون صحيحه و يكون له الخيار.

---

(١)- المكاسب ص ١٩٩ السطر (٥)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٧٧

و فيه انه لا شبهه فى ان التحفظ على اموال الناس و عدم امضاء وقوع الضرر عليهم منه غايه الامر لو كان العقد صحيحا مع الخيار يكون فيه منه اكثر و حديث لا ضرر لا يفى باثبات شى ء بل مقتضاه نفى الضرر و هذا ظاهر.

و التحقيق فى المقام ان يقال: ان البيع اما وقع معلقا على وجود الاوصاف او مطلقا بالنسبه الى وجودها و عدمها و اما يباع مع شرط الخيار عند عدم الوصف و لا رابع فى المقام لان الاهمال محال فى الواقعيات الا ان يقال بان الاهمال يتصور بالنسبه الى الغافل فيؤخذ بالمقدار المتيقن من مقصوده فان كان معلقا على وجود الاوصاف يكون العقد باطلا من جهه التعليق لا من جهه الضرر كما هو واضح.

و ان باعه مطلقا سواء كان المبيع واجدا للأوصاف أم لا بلا اشتراط لا يشمله دليل نفى الضرر لان المفروض ان العقد وقع على الغبن بلا قيد فلا وجه للخيار و ان كان مشروطا بشرط الخيار يصح و عند عدم الوصف يثبت الخيار.

فتلخص انه لا- يمكن تصحيح الخيار للمشترى بما ذهب اليه الشيخ و السيد الاستاذ بل الحق ما نقول بان الخيار يثبت للمشترى لتخلف الشرط المبنى عليه العقد ارتكازا هذا كله اذا كان المبيع شخصيا.

و اما اذا كان كليا كما اذا اشترى الحنطه العراقيه مثلا و كان ما سلم الى المشترى فاقدا للصفه المذكوره فله أن يأخذ الفاقد بدلا عن الواجد كما انه يمكن أن يطالب بفرد آخر يكون واجدا و مع عدمه يثبت له الخيار فله أن يفسخ

العقد كما ان له ان يطالب بالبدل من باب بدل الحيلوله ان قلنا به.

فرعان

الفرع الأول لو اختلفا فی التغییر و عدمه

بان ادعی المشتری تغییر المبیع عن صفاته السابقه

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۷۸

و ادعی البائع عدمه- قال: المرزا النائینی (قدس سره) ان الفقهاء ذهبوا الی ان القول قول المشتری انتهی. و ما یمکن ان یقال او قیل فی وجهه امور.

الاول ان المشتری هو الذی یؤخذ منه الثمن و لا یؤخذ منه الا باقراره او ببینه تقوم علیه فاذا انتفی الامر ان لا یجوز للبائع أخذ الثمن منه.

و اورد ان المشتری یعترف بوقوع البیع و حصول الانتقال و معنی اعترافه بذلک اعترافه بانتقال الثمن فی ملک البائع و غایه ما یمکن ان یقال فی المقام ان یثبت له الخیار بتخلف الوصف.

و یرد علیه بان البائع یسلم المبیع و لا مانع من جانبه بل المشتری لا یقبله بادعاء ان المبیع یکون متغیرا فی صفاته السابقه فیدعی الخیار لنفسه فلا بد ان یثبته بالبینه او بتصدیق البائع هذا اولا.

و ثانیا انه علی فرض ثبوت الخیار له لا وجه لعدم تسلیم الثمن للبائع بعد قبوله انه ملک له و لا یکون جواز عدم التسلیم من آثار الخیار کما توهمه بعض.

و ما افید من أن أصل الحکم مفروغ عنه غیر سدید فانه لا وجه لهذا الحکم و الاجماع علی فرض تحققه غیر حجه، و تفصیل الکلام موکول الی بحث أحکام الخیار.

أضف الی ذلک ان الشک فی جواز الحبس مسبب من الشک فی تحقق سبب الخیار، و الاصل عدمه، فالقول قول البائع فلیس للمشتری حبس العین و لا الاخذ بالخیار، و لا یمکن المساعده مع ما ذهب الیه جل الاساطین من تقدیم قول المشتری الثانی ان

البائع يدعى علم المشترى بهذا الوصف الموجود و الرضا به و المشترى ينكره فيكون الاصل موافقا له فيقدم قوله.

و اجاب عنه الشيخ اولا بان اصاله عدم علم المشترى بهذا الوصف الذى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۷۹

يقتضى الخيار لتخلفه معارضه باصاله عدم علمه بوصف آخر فح لا يكون له الخيار.

و ثانيا ان علم المشترى بالوصف الموجود و بوصف آخر مسبب عن الشك فى التغيير و عدمه و مع جريان اصاله عدم تغير المبيع عمار آه سابقا لا تصل النوبه الى الاصل المسببى لأنه مع وجود الاصل السببى لا مجال للمسببى كما هو واضح.

و يرد عليه ان اصاله عدم علم المشترى لا يترتب عليه أثر شرعى الا توهم ان الخيار اثر شرعى له و الحال انه ليس كذلك لعدم قيام دليل على كون الخيار أثر العدم علمه بوصف آخر.

نعم ان عدم الخيار لازم عقلى لأصاله عدم علم المشترى بوصف آخر و هو اصل مثبت فان الاصول لا تثبت لوازمها العقليه فظهر من هذا عدم تماميه ما ذهب اليه الشيخ من المعارضه بين الاصلين لعدم جريان الاصل حتى يقع المعارضه بينهما لعدم ترتب أثر شرعى عليه.

و ثانيا أنه ليس بين عدم التغير و العلم و عدمه تسبب شرعى بل التسبب عقلى كما هو ظاهر بادنى تأمل.

الثالث ان الاصل عدم وصول حق المشترى اليه فيكون الاصل موافقا له فيقدم قوله على قول البائع.

و فيه انه ان كان المقصود من عدم وصول حقه اليه عدم وصول ذات المبيع فقد وصل اليه بالوجدان و ان كان المراد عدم وصول وصف المبيع ففيه ان الوصف لا يقابل بالثمن و غايته ان تخلف الوصف يوجب الخيار و الخيار منفى بالاصل فالقول قول

البائع.

ثم انه قال الشيخ (قدس سره) و يمكن بناء المسأله على أن بناء المتبايعين حين العقد على الاوصاف الملحوظه حين المشاهده هل هو كاشتراطها فى العقد فهى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٨٠

كشروط مضمره فى نفس المتعاقدين كما عرفت عن النهايه و المسالك، و لهذا لا يحصل من فقدها الاخيار لمن اشترطت له و لا يلزم بطلان العقد.

أو أنها مأخوذه فى نفس المعقود عليه بحيث يكون المعقود عليه هو الشى ء المقيد، و لذا لا يجوز الغائها فى المعقود عليه كما يجوز الغاء غيرها من الشروط فعلى الاول يرجع النزاع فى التغيير و عدمه الى النزاع فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع و عدمه و الاصل مع البائع، و بعباره اخرى النزاع فى أن العقد وقع على الشى ء الملحوظ فيه الوصف المفقود أم لا «١».

و التحقيق ان يقال: ان المبيع تاره كلي و أخرى شخصى و الفرق بينهما ان الاول قابل للإطلاق و التقييد بخلاف الثانى فاذا كان المبيع كليا و اختلف البائع و المشترى فى صفات المبيع كما اذا قال المشترى ان الحنطه التى اشتريت كانت حنطه عراقيه و قال البائع انها كانت حنطه شاميه فلا ريب فى دخول هذا القسم من الاختلاف بين البائع و المشترى فى باب التداعى حيث ان كلا منهما يدعى شيئا ينكره الاخر.

و اما اذا قال المشترى انها كانت حنطه عراقيه و قال البائع انها كانت مطلقه و لم تكن مقيدا بقيد ففى هذا الفرض افاد السيد الاستاذ ان هذا القسم أيضا يدخل فى باب التداعى.

توضيحه- ان التقابل بين الاطلاق و التقييد يكون كتقابل الضدين فانه كما ان التقييد الذى عباره عن أخذ القيد يحتاج الى اللحاظ كذلك

الاطلاق الذى هى عباره عن رفض القيد يحتاج الى اللحاظ فيكون التقابل بين الاطلاق و التقييد تقابل الضدين فان المشترى يدعى ضدا و هو التقييد بكونها عراقيه و البائع يدعى ضدا آخر و هو لحاظ رفض هذا القيد فيكون نزاعهما داخلا فى باب التداعى لكون كل منهما مدعيا

---

(١)- المكاسب ص ١٩٩ السطر (١۶)

لما ينكره الاخر.

و فيه ان التقابل بين الاطلاق و التقييد و ان كان كما ذكره السيد الاستاذ فى عالم الثبوت من تقابل الضدين لكن التقابل بينهما فى مقام الاثبات و الدلاله لا يكون كذلك بل يكون من باب تقابل الملكه و عدمها كما اعترف بذلك السيّد الاستاذ أدام اللّه ظله أيضا.

و النزاع الواقع بين البائع و المشترى انما يكون فى مقام الاثبات فان المشترى يدعى تقييد الحنطه بكونها عراقيه و البائع ينكر ذلك التقييد فلا يكون المقام داخلا فى باب التداعى كما هو واضح فيكون الاصل موافقا للبائع فيقدم قوله هذا اذا كان المبيع كليا.

و اما اذا كان المبيع شخصيا فلا نفهم كلام الشيخ فى هذه الصوره لان العين ان وقع عليه البيع على تقدير واجديتها الاوصاف يكون تعليقا فى العقد فيكون باطلا و ان وقع البيع على العين المقيده بكونها ذات اوصاف ففيه ان الجزئى الخارجى لا يقيد فعليه لا وجه لتقديم قول المشترى كما ذهب اليه جل الفقهاء.

بل التحقيق يقتضى تقديم قول البائع أيضا، لان مرجع النزاع الى جعل الخيار و عدمه، فلا مجال، لما أفاده الشيخ من أن أصاله عدم وقوع العقد على المقيد جار. و لكن لا يثبت به وقوع العقد على المطلق.

و اصاله عدم تقييد العقد الواقع يفيد، و لكن لا يجرى

اذ لا حاله سابقه له.

(وجه عـدم المجال) انه على تقـدير وقوع العقد على الجزئى لا تصل النوبه بما ذكره، كما هو الظاهر، فالقول قول البائع، و يجرى جميع العمومات، او الاطلاقات الداله على عدم اللزوم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۸۲

الفرع الثانى انه لو اتفقا كلاهما على تغيير العين بعد المشاهده و وقوع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا فى تقدم التغيير

على البيع و تأخره عنه و ذلک كما لو اتفقا على ان الغنم حال المشاهـده كان سـمينا و ان العقـد وقع على الوصف المشاهد و انه بعـد المشاهـده صار مهزولا الا أن البائع يـدعى تحقق الهزال بعد قبض المشترى حتى لا يكون له خيار فى البيع و ادعى المشترى تقدمه على البيع ليثبت بذلک خيار لنفسه.

قـال: الشـيخ الكلام هنا كالكلام فى المسأله السابقه فالمرجع فيهما الى اصاله عـدم وصول حق المشترى اليه فحكم المسألتين من بـاب واحـد الاـ ان الفرق بينهمـا ان الشـک هنـا فى وصول الحق المعلوم و هناک يكون الشک فى اصل الحق و بعباره اخرى ان الشـک فى المقـام ناشـئ عن الشـک فى وصول الحق المعلوم و هنـاک ناشـئ عن الشـک فى نفس الحق و مقتضـى الاصـل فى المقامين عدم اللزوم.

اقول: لا ريب فى وقوع البيع على الغنم السـمين مثلا و انما الشک فى ان تحقق الهزال كان قبل البيع أم بعده فاذا كان قبل البيع لا شبهه فى الخيار الا أن مقتضى اصاله عدم تحقق الهزل الى زمان البيع عدم الخيار.

ان قلت: ان هذا الاصل معارض باصاله عدم وصول حقه الى يده الى زمان تحقق الهزل فيتساقطان بالتعارض.

قلت: لا أثر لجريان هذا الاصل الا على القول بحجيه الاصل المثبت فان اصاله عدم وصوله الى يد المشترى ما دام سـمينا لا يثبت ان الواصل اليه هو الهزال.

فتلخص انه فى كلا المقامين

یکون الاصل موافقا مع البائع فیقدم قوله.

[لو وجد المبیع تالفا بعد القبض فیما یکفی فی قبضه التخلیه و اختلفا فی تقدم التلف علی البیع و تأخره]

قوله: ره لو وجد المبیع تالفا بعد القبض فیما یکفی فی قبضه التخلیه و اختلفا

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۸۳

فی تقدم التلف علی البیع و تأخره. «۱»

اقول: حیث ان تلف المبیع و نفس البیع کلاهما من الحوادث فاصاله عدم التلف الی زمان تحقق البیع تعارض مع اصاله عدم تحقق البیع الی زمان تحقق التلف فیتساقطان بالتعارض و لکن اصاله الصحه تجری بالنسبه الی فعل البائع سالمه عن المعارض و فی المقام اشکالان.

الاول ما اورده الاستاذ علی جریان اصاله الصحه فی المقام بان جریانها فی المقام کجریان قاعدتی الفراغ و التجاوز بالنسبه الی فعل النفس و یشترط فیها ما اشترط فیهما من عدم کفایه المصادفه فمجرد المصادفه مع الواقع لا یجدی فی جریانها بل یشترط فیها ان یکون التفات الفاعل محتملا حین العمل و مجرد التصادف الواقعی غیر کاف فلا تجری اصاله الصحه فی المقام.

لکن فیه انه لو احتمل التفات البائع حین العمل فلا مانع من جریان الاصل و بای دلیل یحکم بعدم کونه ملتفتا.

الاشکال الثانی انه اذا شک فی صحه البیع و عدمها من جهه الشک فی وجود المبیع و عدمه لا تجری فیه قاعده اصاله الصحه لان مرجع الشک فی صحه البیع و عدمها یکون الی الشک فی قدره البائع علی البیع و عدمها فلا تجری القاعده.

لان مجری هذه القاعده انما یکون فیما علم ان العین موجوده و المکلف قادر علی بیعها و لکنه شک فی وقوع هذا البیع صحیحا او فاسدا فیجری اصاله الصحه و من المعلوم ان المقام من قبیل الاول لأنا نشک فی کونها موجوده حین البیع و یحتمل ان یکون تالفا قبل

البيع فلا يمكن التمسك باصاله الصحه فى المقام كما هو واضح للمتأمل.

و اورد الاستاذ بوجه آخر و هو ان العمل اذا علم تحققه فى الخارج و الشك

---

(۱)- المكاسب ص ۲۰۰ السطر (۲۵).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۸۴

فى صحته و فساده نحكم بالصحه بمقتضى جريان اصاله الصحه و اما اذا شك فى وجود الشى ء و عدمه فلا يمكن التمسك باصاله الصحه للحكم بوجوده.

اقول: الظاهر ان هذا الوجه الذى افاده الاستاذ يرجع الى الوجه الاول الذى ذكرناه و بعباره أخرى لا شبهه فى ان البيع بما له من المعنى صدر من البائع فليس الشك فى أن الصادر منه هو البيع أو أمر آخر.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۸۵

الكلام فى لزوم اختبار الطعم و اللون و الرائحه فيما تختلف باعتبارها القيمه

اشاره

قوله: ره مسئله لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحه فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك ... «۱»

اقول: يقع الكلام فى هذه المسأله تاره على عدم كون الغرر مبطلا للبيع و أخرى بناء على مسلك المشهور القائلين بكون الغرر مبطلا للبيع.

اما على الاول فنقول: ان الاختبار غير لازم فى المقام و غايه ما يقال: ان المعامله بدون الاختبار فيما كان اختلاف الاوصاف موجبا لاختلاف القيمه يكون غرريا الا ان المفروض عدم كون الغرر موجبا لبطلان البيع.

و ثانيا لا نسلم استلزام عدم الاختبار الغرر على نحو الاطلاق بل فى بعض الموارد لا يستلزم الغرر كما اذا اشترى حقه عنب بقيمه رخيصه بدون الاختبار عالما بانه فى صوره كونه فاسدا أيضا يمكن الاستفاده منه بأن يصنع خلا مثلا فلا ريب فى عدم لزوم الغرر فى هذه الصوره اصلا.

---

(۱)- المكاسب ص ۲۰۱ السطر (۱).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٨٦

و اما على الثانى اى على مسلك المشهور القائلين بكون

الغرر موجبا للبطلان فنقول: ان اختلاف الصفات تاره لا يوجب اختلاف القيمه فی المبيع و هذه الصوره علی فرض وجود المصداق لها فی الخارج خارجه عن محل الكلام لان البحث يكون فی لزوم الاختبار و عدمه فيما يختلف القيمه باختلاف الاوصاف و اخری يكون اختلاف الاوصاف موجبا لاختلاف القيمه و رغبات الناس فيه.

و فی هذه الصوره تاره يكون وجود الوصف موجبا لكون المبيع صحيحا و عدمه موجبا لكونه معيبا فيرجع وجود الوصف و عدمه الی صحه المبيع و عدمها و اخری يعد كلاهما من مراتب الصحه ففی صوره عدم الوصف أيضا يكون المبيع صحيحا الا ان مع وجوده يكون فی مرتبه عليا من الصحه.

و علی الثانی تاره تكون الاوصاف مما تنضبط و اخری لا يمكن ضبطها كالطعم و الرائحه فان ما يكون من قبيل ذلک لا يمكن ضبطه الا بالاختبار و علی الثانی فاما يمكن الاختبار بأن لا يصير المبيع فاسدا بذلک.

و اخری لا يمكن الاختبار بأن يكون الاختبار موجبا لفساده فعلی تقدير ان الوصف وجوده موجب لصحه المبيع و عدمه عيب له فاذا شک فی صحه العين و عيبها فهل يجوز بيعها فيما اذا لم تكن اماره معتبره قائمه علی صحتها بحيث يرفع الغرر تمسكا باصاله السلامه أم لا يجوز ربما يقال بجواز التمسک بها اذا كانت العين صحيحه و شک فی طرو الفساد عليها.

اقول: ان كان المراد من هذا الاصل ان العقلاء يبنون علی الصحه فی مورد الشک فيها و بعباره أخری ان كان المراد منه ان بناء العقلاء علی الصحه.

فيرد عليه اولا ان ثبوت بناء العقلاء علی الصحه فی جميع موارد الشک حتی فی المقام الذی لا يحرز الصحه بالبينه و الاماره

اول الكلام و لم يستقر منهم البناء على ذلک و لا أقلّ من الشک فی بنائهم و هذا یکفی فی عدم جواز الاستناد الی بنائهم.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۸۷

و ثانیا ان مجرد بناء العقلاء لا یکون حجه ما دام لم یستکشف من طریق امضاء الشارع له.

لکن الانصاف ان الامارات العقلائیه المستقره بینهم اذا لم یثبت الردع من الشارع مع کونه مرئی منه و مسمع یقتضی امضائها.

و ان کان المراد من اصاله السلامه الاستصحاب بأن یقال: بأن هذه العین کانت صحیحه و نشک فی طرو الفساد علیها و عدمه فیستصحب عدمه.

ففیه انا و ان قلنا بقیام الاستصحاب مقام القطع الطریقی المأخوذ فی الموضوع الا ان هذا الاستصحاب لا یکون موجبا لرفع الغرر الا بالاصل المثبت.

و استشکل الاستاذ علی الشیخ حیث فصل قدس سره بین ما اذا شک فی طرو الفساد و غیره بجریان الاصل فی الاول دون غیره بان المراد من هذا الاصل لیس الاستصحاب حتی یفرق بین الموردین بل المقصود منه هو بناء العقلاء علی الصحه و کأنه اشترطت الصحه فی ضمن البیع بالارتکاز و هذا رافع للغرر بلا فرق بین الموردین.

و لا یقاس هذا الخیار العقلائی الارتکازی بالخیارات المجعوله شرعا لان الخیارات الشرعیه لا تکون رافعه للغرر الا بالدور الباطل کما قدمناه.

فتلخص ان الغرر یرتفع اما باشتراط الصحه فی ضمن العقد و فی صوره تخلف الشرط یتحقق الخیار للمشتری و اما باصاله السلامه بمعنی بناء العقلاء ارتکازا علی اشتراط الصحه فیکون البیع صحیحا و اما بالاختبار.

مسئله- اذا اشتری الغنم مثلا مبتنیا علی السلامه فاشترط البائع براءه ذمته عن العیب بان قال: بعتک الغنم سواء کان صحیحا أم معیبا بأن أبرأ ذمته.

فهذا عند

التحقيق اما يرجع الى تبرئه المبيع عن العيب بأن يقول: ان المبيع خال عن العيب فهـذا يرفع الغرر لأنه فى صوره كونه معيبا يكون الخيار

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٨٨

للمشترى.

و اما يرجع الى تبرئه البائع نفسه عن العيب فهـذا لا يرفع به الغرر بل مؤكد له فيكون البيع باطلا هذا تمام الكلام اذا كان اختلاف الصفات راجعا الى الصحه و العيب.

و امـا اذا لم يكن كـذلك بـان كـان كلاهمـا من مراتب الصـحه الا أن الاختلاف فيه يوجب تفاوت القيمه فان كان الغرر مرتفعا بقيـام امـاره او باخبـار البـائع اذا حصـل منه الوثـوق او بالاختبـار اذا كـان ممكنـا فهـو و اذا لم يكن شـى ء منهـا فهـل يجـوز بيعه بالتوصيف اذا كان له وصف منضبط أم لا بد من الاختبار.

و يظهر من بعض الكلمـات التفصـيل بين الغـائب و الحاضـر فجوز فى الاـول دون الثـانى و هـذا كمـا قـال به الشـيخ تحكم لاـن التوصـيف ان كان رافعا للغرر لا يفرق فيه بين الغائب و الحاضـر و ان لم يكن رافعا له فايضا لا فرق فى عدم الجواز بين الغائب و الحاضر.

و ربما يسـتدل على اشتراط الاختبار بروايه محمد ابن عيص حيث قال سئلت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل اشترى ما يذاق يذوقه قبل أن يشترى قال: نعم فليـذقه و لا يذوقن ما لا يشترى «١» و رواه البرقى فى المحاسن عن ابى سـلمان الحذاء عن محمد ابن الفيض مثله.

و فيها اشكال سندا و دلاله. اما سندا فبمحمد بن عيص و محمد بن فيض فالروايه ساقطه عن الاعتبار.

و اما دلاله فان التأمل فى الروايه يقتضى ان يقال: انها ناظره الى الجهه التكليفيه بأن جواز الذوق يختص بصوره

الاشتراء و اما فی غیر صوره الاشتراء لا یذوق مالا یشتری فلو کانت الروایه صحیحه من حیث السند لکانت مخصصه لأدله عدم جواز التصرف فی مال الغیر بأنه یجوز فی صوره الاشتراء.

---

(۱)- الوسائل جلد ۱۲ الباب ۲۵ من ابواب عقد البیع و شروطه الحدیث (۱)

و یمکن ان یقال: بانه ارشاد الی الامر العادی فان البائع بحسب طبعه یرضی بالذوق بهذا المقدار و فی المقام روایه «۱» أخری لعله یستفاد منها المقصود لکن فی سندها محمد بن سنان و هو ضعیف فلا اعتبار بها أیضا فلا یمکن الاستدلال بالروایه.

و مقتضی القاعده الاولیه هو الاختبار اذا کان ممکنا بلا فرق بین الغائب و الحاضر او التوصیف اذا کان له وصف منضبط بلا فرق بین ان یکون اختلاف الاوصاف موجبا للاختلاف فی معظم المالیه و عدمه و ان فرق الشیخ بینهما.

و اما اذا کان الاختبار مفسدا للمبیع کما اذا کان المبیع کالبیض و البطیخ فان اختلاف الاوصاف اما یرجع الی الصحه و الفساد و قد مر انه لا یوجب الغرر.

و اما اذا لم یکن راجعا الیهما بل کان کلاهما من مراتب الصحه و لم یکن له وصف منضبط حتی یباع بالتوصیف و لا یکون الاختبار ممکنا علی الفرض فهل یکون لسد باب الغرر طریق أم لا.

افاد السید الاستاذ دام ظله ان البیع فی هذه الصوره لا بأس به و ان کان غرریا و هو متین جدا لجریان السیره علیها.

و یمکن رفع الغرر بوجه آخر بأن یجعل الخیار فیما لو لم یکن یسوی هذا المقدار من الثمن و ان شئت قلت: انه فی صوره الغبن یثبت الخیار.

«مسئله» لو فرض ان المشتری اشتری شیئا

معتمدا على اصاله الصحه و ظهر كونه معيبا.

فتارتا يظهر العيب بتصرف المشترى و اخرى بلا تصرف و على كلتا

---

(۱)- الوسائل جلد (۱۲) الباب ۲۵ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (۲).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۹۰

الصورتين اما يكون عنوان المبيع محفوظا و فى هذه الصوره اما يكون الاختلاف فى الصفات موجبا لاختلاف القيمه و اما لا يكون موجبا له و اما لا يكون عنوان المبيع محفوظا اصلا فهذه الصوره أيضا على قسمين فانه تاره تسقط العين عن الماليه مع انتفاء عنوان المبيع و أخرى لا تسقط عن الماليه و ان لم يصدق عنوان المبيع عليها

فصور المسأله تكون ثمانيه اقسام.

الصوره الاولى ما اذا ظهر كونها معيبه بغير التصرف فيها و كان الاختلاف موجبا لاختلاف القيمه

ففى هذه الصوره يتخير المشترى بين الرد و الاخذ مع الارش.

الصوره الثانيه ما اذا ظهر كونها معيبه من دون أن يتصرف فيها و لا يكون اختلاف الصفات موجبا لاختلاف القيمه

و له الرد فقط و اما الارش فلا لان المفروض عدم كون اختلاف الصفات موجبا لاختلاف القيمه فلا وجه للأرش.

الصوره الثالثه ما اذا كان عنوان المبيع محفوظا و ظهر انه ليس له ماليه أصلا من دون ان يتصرف فيه

فان قلنا: يشترط فى المبيع أن يكون ذا ماليه يكون المعامله باطله من اصلها فلا يتحقق الرد و لا الارش لأنهما فرع صحه العقد.

و اما اذا قلنا: بعدم اشتراطه كما هو المختار فيكون البيع صحيحا و له الرد و أما الارش فلا لعدم ما به التفاوت فى المقام على الفرض لأنه فرض ان العين لا ماليه لها أصلا و ما به التفاوت فرع وجود الماليه فى الجمله.

الصوره الرابعه ما اذا ظهر عدم بقاء عنوان المبيع

كما اذا اشترى جوزا فظهر أنه قشر و لا يصدق عليه الجوز الفاسد فيكون البيع باطلا فى هذه الصوره قطعا لان العقود تابعه للقصود فما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع فهذه الصور الاربعه التى ذكرنا حكمها انما كان فيما اذا ظهر العيب بلا تصرف فى

المبيع.

الصوره الخامسه ما اذا ظهر العيب بالتصرف فيه و كان اختلاف الاوصاف موجبا لاختلاف القيمه

فهل له ان يأخذ الارش فقط أم له الرد أيضا فظهر من المبسوط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۳۹۱

انه ذكر قولا مفصلا بينما كان التصرف بمقدار الاختبار و عدمه فان كان التصرف بمقدار الاختبار فله ان يرد و ليس هذا التصرف مانعا عنه.

و لكنه خلاف التحقيق لوجود الروايات الداله على مانعيه التصرف عن الرد مطلقا سواء كان للاختبار او لغيره من الاغراض.

و الحاصل ان التصرف الموجب لسقوط الرد لا يفرق فيه بان يكون بداعى الاختبار أو ان يكون بداع آخر و الميزان بتحقق التصرف المسقط حسب ما يستفاد من دليله على كلام و التفصيل موكول الى محله.

الصوره السادسه ما اذا ظهر العيب بالتصرف فيه الا ان الاختلاف فى الاوصاف لا يكون موجبا لتفاوت القيمه

ففى هذه الصوره لا رد له و لا ارش اما الاول فلانه تصرف فى المبيع و هو مانع عن الرد كما ذكرناه و نبحث فيه بالتفصيل إن شاء اللّه فى محله و اما الثانى فلعدم الوجه له بعد ما فرضنا فى عدم ما به التفاوت فى المقام.

الصوره السابعه ما اذا ظهر بالتصرف عدم الماليه له اصلا

ففى هذه الصوره أيضا لا رد و لا ارش له هذا ما يقتضى الصناعه العلميه الا ان هذا على خلاف ارتكاز المتشرعه و لا يمكن الالتزام بعدم جواز رده مع أنه لم يقع فى مقابل ثمنه مال اصلا.

الصوره الثامنه ما اذا ظهر بالتصرف عدم صدق عنوان المبيع عليه اصلا

فيكون باطلا من اصله فى هذه الصوره ثم انه اذا بنينا على بطلان البيع فيما اذا لم يكن لفاسده ماليه اصلا يقع البحث فى ان بطلان البيع يكون بعد ظهور العيب او يكون ظهور العيب كاشفا من بطلان البيع من اصله.

و الحق ان يقال: كما قال الشيخ: ان البيع باطل من اصله لان اشتراط الماليه على فرض اشتراطها واقعى لا علمى.

و تظهر الثمره بين القولين فى تصرفات البائع فى الثمن فعلى القول ببطلان

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۹۲

البیع بعد ظهور العیب یکون تصرفاته جائزه.

لکون التصرف فی ماله و اما علی القول ببطلان البیع من اصله یکون تصرفاته فی الثمن فضولیه فتحتاج الی اجازه المشتری.

و یظهر من بعض ترتب ثمره اخری علی المسأله أیضا و هی ان مئونه النقل علی البائع ان قلنا: ببطلان البیع من اصله و هی علی المشتری ان قلنا: ببطلان البیع من حین ظهور العیب.

و یرد علیه بانه لا- وجه للقول: بکون مئونه النقل علی البائع مطلقا و ما نزلت فیه آیه و لا روایه فلا بد ان یبحث فیه بأن مقتضی القاعده ما هو.

فنقول: ان البائع ان غر المشتری فله ان یرجع الی البائع فی کلتا الصورتین لان المغرور له ان یرجع الی الغار فلا یترتب ثمره علی هذا البحث و ان لم یغره فلا وجه للرجوع الی البائع فی کلتا الصورتین کما هو واضح و مما ذکرنا ظهران مئونه النقل علی

البـائع فى صوره التغرير الوارد على المشترى لرجوع المغرور الى الغـار، و الا فعلى المشترى، هـذا تمام الكلام فى مئونه النقل من موضع الاشتراء الى مكان الاختبار.

و أما مئونه الحمل من موضع الاختبار الى البائع، فعلى تقـدير الغرور يرجع الى البائع، و على تقـدير عـدمه لا يبعد أن يكون على المشترى بمقتضى الشرط الارتكازى، فان مقتضاه لزوم رده اليه.

و اما المئونه الزائـده كما لو وضع فى المسـجد فأمر المتولى باخراجه فالحق أيضا التفصـيل بين الغرور و عـدمه فعلى تقدير تحقق الغرور يرجع الى البائع لقاعده الغرور.

و ما أفاد سـيدنا الاسـتاذ دام ظله بانه تكليف شـرعى متوجه بالمشترى و لا يرتبط بالغرور غير تام، لأنه يصح أن يقال انه مغرور و لغروره وقع فى الضرر، و مع عدم الغرور يكون على المشترى، لان المفروض ان المشترى وضعه فى المسجد فيكلف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٩٣

بالاخراج غايه الامر يتصدى لإخراجه باذن الحاكم.

(بقى شـى ء) و هو ان البـائع اذا تبرأ عن العيب فـاذا قـامت الامـاره، أو حصل الوثوق باخبار البائع أو غيره يصـح البيع و الا يكون باطلا للغرر فان تبرى البائع مع عدم طريق الى كون العين صحيحه يؤكد الغرر.

الكلام فى جواز بيع المسك فى الفأر

قوله (قدس سره) مسأله المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك فى فاره ... «١»

اقول: بيع المسك فى فأره لا اشكال فيه بحسب القاعده الاوليه لشمول العمومات لمثل هذا البيع.

و ربما يقال: بعدم جواز بيعه لكونه دما نجسا فى اصله فبأصاله عدم استحالته يحكم بنجاسته فى صوره الشك أيضا.

و يرد عليه اولاـ انه لا دليل على كون مطلق المسك دما فى اصـله حتى يتمسك باستصـحاب عـدم الاسـتحاله فى صوره الشـك فيها.

و ثانيا انه على تقدير

التسليم انه كان دما فى اصله و يكون نجسا بالاستصحاب و لكنا نقول: لا دليل على عدم جواز بيع النجس مطلقا بل يقتصر ذلک بما ورد النص فيه بخصوصه غايه الامر اشتراط منفعه معتده بها.

و ثالثا كونه نجسا أول الكلام و ربما يقال: انه يكون غرريا للجهل بكيفيه المسک.

اقول: اما الغرر فتاره يكون من جهه الشک فى صحه المسک و عيبه فيندفع

---

(۱)- المكاسب ص ۲۰۳ السطر (۲۸)

باصاله السلامه التى هى معتمده عند العقلاء فى معاملاتهم.

و اخرى من جهه الشک فى اوصافه التى تدور معها القيمه فاذا كان له اوصاف خارجيه يعرف بها الوصف الذى له دخل فى القيمه فيعرف بها و بهذا يندفع الغرر كما انه لو لم يمكن توصيفها و لكن البائع عالم بها و لكنه لا يعلن للمشترى و لكنه أيضا يعلم انه لا يقع فى الخطر لوصول المسک بمقدار الثمن اليه فلا غرر أيضا.

و اما اذا فرض عدم امكان التوصيف و لا يمكن علم المشترى بوصول ما باذاء الثمن اليه يختبر بادخال خيط فيها بابره ثم يخرجه عن الفأره و يشمه حتى يعلم بذلک كيفيه المسک و يندفع الغرر بذلک و لا يكون ضامنا لما يوجب ادخال الابره فيه من النقص و ان قلنا بالضمان فى باب المقبوض بالسوم.

و لا يقاس المقام بذلک الباب فعلى تقدير القول بالضمان فى ذلک الباب لا وجه للقول به فى المقام فان الضمان فى ذلک الباب يمكن ان يكون من باب الضمان فى العاريه بالاشتراط بان نقول: المقبوض بالسوم عاريه مضمونه فى يد من يريد الاشتراء و لذا نقول هناک بالضمان و لو مع التلف السماوى و لا نقول بالضمان

هنا و ان کان التلف باتلاف المشتری لکون البائع راضیا بهـذا الاتلاف الواقع للاختبار و اماما فی التذکره و قد روی عن الصادق جواز بیعه «۱» فلا اعتبار به من جهه الارسال.

[الظاهر من العلامه عدم جواز بیع اللؤلؤ فی الصدف]

قوله (قدس سره) ثم ان الظاهر من العلامه عدم جواز بیع اللؤلؤ فی الصدف الخ «۲».

اقول ان البحث یقع تاره من جهه الشک فی وجود اللؤلؤ فی الصـدف و عـدمه و اخری من جهه صـحته و سـقمه مع فرض العلم بوجوده و ثالثه من جهه تفاوت أفراد اللؤلؤ بحیث یکون موجبا لتفاوت رغبات الناس و اختلاف القیمه.

---

(۱)- التذکره المجلد (۱) الصفحه (۴۷۱) السطر (۲۹).

(۲)- المکاسب ص (۲۰۴) السطر (۱).

اما القسم الاول و هو ما لو شک فی وجود اللؤلؤ فیه و عدمه فنقول: اذا حصل الاطمئنان بقیام اماره او باخبار البائع او بطریق آخر بوجود اللؤلؤ فی الصدف فلا اشکال فی صحه البیع من هذه الجهه و اما مع الشک فی وجوده و عدمه فربما یقال:

ببطلان البیع لکونه غرریا.

و یرد علیه اولا ان البیع وقع علی فرض وجود اللؤلؤ فیه و معلق علیه و هذا التعلیق غیر مضر فی البیع لأنه تعلیق علی شی ء یتوقف علیه صحه العقد و القدر المتیقن من بطلان التعلیق غیر هذا المورد.

و ثانیا انه علی تقدیر عدم اللؤلؤ فی الصدف یکون البیع باطلا من أصـله لانتفاء موضوعه فلا یقع البیع اصـلا حتی یکون غرریا و بعبـاره اخری لاـ یکون غرر و خطر اذ علی فرض وجوده ینتقل الی المشتری فی مقابل الثمن و علی فرض عـدمه لا یتحقق انتقال کی یکون فیه خطر.

و اما القسم الثانی و هو ما لو شک فی

صحه اللؤلؤ فی الصدف و عیبه ففی هذه الصوره أیضا یکون البیع صحیحا غایه الامر فی صوره ظهور العیب یجوز للمشتری أن یفسخ العقد.

و اما القسم الثالث و هو ما یکون الوجه فی الفساد تفاوت کیفیات الافراد کما یتضح ذلک فی الذهب فان بعض افراده ذهب خالص یسمی بالفارسیه بعیار کذائی و بعض افراده یکون دانیا فان الاختلاف فی الکیفیات موجب لاختلاف القیمه و رغبات الناس فاذا کان له وصف منضبط کی یعرف به فهو و بذلک یندفع الغرر فیکون البیع صحیحا.

و اما اذا لم یکن له وصف منضبط و لا یکون أیضا متعارفا عند العرف و لا یمکن اختباره فربما یحکم ببطلان البیع لکونه غرریا.

و فیه انا لا ـ نسلم کونه غرریا مطلقا لإمکان اشتراط الخیار فی صوره عدم الوصف الذی له دخل فی زیاده القیمه فیندفع الغرر بذلک و لا محذور فیه الا توهم

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۳۹۶

لزوم الدور بان یقال: ان صحه الخیار تتوقف علی صحه العقد فاذا فرض توقف صحه العقد علی صحه الخیار یکون دوریا.

و لکنا اجبنا سابقا عن هذا المحذور بأن الدور یلزم اذا کان المراد من الخیار هو الشرعی و اما اذا کان المراد منه الخیار الجعلی عند العرف فلا یلزم الدور.

[مسئله لا فرق فی عدم جواز بیع المجهول بین ضم معلوم الیه و عدمه]

قوله (قدس سره) مسئله لا فرق فی عدم جواز بیع المجهول بین ضم معلوم الیه و عدمه الخ «۱»

اقول المستفاد من کلامهم ان الاقوال فی المسأله ثلاثه.

الاول الجواز مطلقا.

الثانی المنع مطلقا.

الثالث التفصیل بینما اذا کان المجهول مقصودا بالاستقلال و بینما اذا کان تبعا للمعلوم فجوزوا البیع فی الثانی دون الاول و التحقیق أن یبحث فی المقام فی موردین.

الاول ان یبحث فی مقتضی القاعده بأنه الجواز

أم لا.

الثانى فى مقتضى الادله الثانويه اعنى الروايات.

اما المورد الاول فنقول اذا كان المجهول و المعلوم مقصودين بالاستقلال فلا اشكال فى صحه البيع ظاهرا لان مرجع البيع يكون الى بيع السمك الموجود مع ما فى الاجام مثلا فبالنسبه الى المجهول يكون البيع معلقا فاذا ظهر عدم سمك فى الاجام يكون البيع بالنسبه اليه باطلا.

---

(۱)- المكاسب ص (۲۰۴) السطر (۲).

فلا مجال لتوهم ان البيع غررى لأنه لا ينعقد البيع اصلا مع عدم وجود السمك فى الاجام حتى يرد عليه بان المبيع اذا كان مكيلا او موزونا يشترط فيه الكيل او الوزن و اما اذا ظهر كون السمك فى الاجام أيضا فالامر فيه واضح.

فتلخص ان البيع بالنسبه الى الموجود من السمك منجز فعلا و يترتب عليه آثاره و بالنسبه الى ما فى الاجام معلق على وجوده فيها و هذا التعليق لا يكون مبطلا للبيع كما قد منا آنفا لأنه تعليق على ما يتوقف عليه صحه العقد و هو وجود الموضوع هذا اذا كان توهم الغرر من جهه وجود السمك و عدمه.

و اما اذا كان من جهه اختلاف الاوصاف الموجب لاختلاف الرغبات فاذا كان له وصف منضبط كى يعرف به حتى يخرج عن كونه غرريا او اذا جعل الخيار فى صوره تخلف الوصف الذى وقع عليه العقد يكون البيع صحيحا أيضا لعدم لزوم الغرر فيه.

و اما اذا لم يكن له وصف منضبط و كذا لم يجعل الخيار فيكون البيع باطلا.

و اما ان كان منشأ الاشكال الجهل بالمقدار فان كان من المكيل و الموزون و بعباره اخرى ان كان مما يشترط فيه بالنص ان يكون معلوما فيكون الجهل موجبا للبطلان و الا فلا

هذا اذا كان المجهول مقصودا بالاستقلال.

و اما اذا كان مقصودا بالتبع فان كان مما يتسامح فيه عرفا فلا اشكال و ان لم يكن كذلك لكن كان بنحو التبعيه بحيث لا يقسط عليه الثمن فلنا ان نقول: بصحه البيع أيضا لان الروايات الداله على اشتراط الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و عدم جواز بيع ما كان مجهولا كيله او وزنه لا تشمل لما اذا كان المجهول شرطا للمبيع فان المستفاد منها ان المبيع اذا كان مجهولا كيله او وزنه يكون بيعه باطلا.

و اما اذا لم يكن المبيع مجهولا بل كان شرطه مجهولا كما فى المقام فلا تشمله الروايات الا بتنقيح المناط الظنى و هو لا يفيد لان الظن لا يغنى عن الحق شيئا.

فتلخص ان البيع لا يكون باطلا من ناحيه كون ما انضم اليه مجهولا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٩٨

و ربما يقال: ببطلانه من ناحيه لزوم الغرر فيه و انكره العلامه و النائينى قدس سرهما حيث قالا: بعدم البطلان.

و الحق أن يقال: ان الغرر على تقدير عدم كونه موجبا للبطلان كما قويناه فلا مجال للإشكال.

و اما على مسلك القوم القائلين بكون الغرر مبطلا للبيع فلا بد أن يفصل بينما اذا كان المدرك فيه الاجماع او الروايه.

فان كان المدرك فيه الاجماع فيؤخذ فيه بالقدر المتيقن منه و هو ما اذا كان المبيع مجهولا و اما اذا لم يقع المجهول مبيعا بل المبيع هو الموجود الخارجى المعلوم و انما جعل شرطا فيه فلا يمكن أن يقال: بكون الغرر موجبا للبطلان فيه.

و اما اذا كان المدرك فى كون الغرر مبطلا هى الروايه فكلما يصدق عليه الغرر سواء كان من ناحيه المبيع او من ناحيه الشرط فى

ضمنه يشمله اطلاق الروايه الداله على ان البيع الغررى باطل.

و ربما يظهر من بعض الكلمات فى معنى التبعيه بأن لا يكون المجهول مقصودا بالبيع و يعد فى العرف تابعا للمعلوم كالمسمار فى الجدار و مفتاح الدار و البيض الذى فى جوف الدجاجه و غيرها.

و لكن الحق أن يقال. ان التبعيه بهذا المعنى لا توجب تفصيلا فى المقام لان المجهول على هذا لم يلاحظ أصلا فلا يلزم منه غرر.

و ربما يظهر من العلامه فى المختلف تفصيلا أخر فى معنى التبعيه بانه عباره عما لا يتعلق به الغرض فاذا لم يتعلق الغرض بالمجهول يكون البيع صحيحا بخلاف ما اذا تعلق به الغرض فلا يكون صحيحا.

أقول: ان كان المراد من الغرض الغرض الشخصى فلا يمكن الالتزام به لأنه اذا فرض كون الغرر موجبا لبطلان البيع يكون البيع باطلا سواء تعلق الغرض الشخصى بالمجهول أم لا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٩٩

و ان كان المراد منه الغرض النوعى فلا وجه للتفصيل أيضا لأنه اذا علم المشترى انه يصل اليه ما يقابل الثمن و وجود الضميمه ينفعه و عدمه لا يضره ففى هذه الصوره لا وجه للبطلان اذ لا موجب له.

و افاد الاستاذ بأن البيع يكون باطلا فى هذه الصوره أيضا لكونه غرريا خصوصا بالنسبه الى البائع.

و يرد عليه ان البائع اذا لا يعلم الضميمه يكون البيع بالنسبه اليه غرريا فما افاده الاستاذ بالنسبه اليه متين و اما المشترى فلا يكون البيع غرريا بالنسبه اليه على نحو الاطلاق فانه لو علم بوصول ما قابل الثمن اليه فلا يكون غرر بالنسبه اليه على نحو الاطلاق.

و افاد صاحب الجواهر بأن المجهول ان كان مقصودا بالتبع يصح البيع و ان كان مقصودا بالاستقلال

لا يصح.

أقول: ان كـان مراده من التبعيه ان يجعـل المجهول تابعـا للمعلوم فى عـالم الاثبات فهـذا لا يرجع الى محصل و ان كان مراده ان يجعـل المجهول تابعـا للمعلوم ثبوتـا بـأن لاـ يتعلق الغرض بـالمجهول فى المعامله فكلامه يرجع الى كلام العلامه فليس تفصـيلا مستقلا فى المقام.

فتلخص ممـا ذكرنا عـدم الاشـكال فى بيع المعلوم مع ضـميمه المجهول اذا كان المجهول مقصودا بالتبع و لا يلزم منه الغرر هـذا بحسب القاعده الاوليه.

و اما بالنظر الى الادله الثانويه و هى الروايات الوارده فى المقام و هى كثيره.

منها ما عن ابى عبد اللّه عليه السّلام قال: اذا كانت اجمه ليس فيها قصب اخرج شيئا من السمك فيباع و ما فى الاجمه. «۱»

فهـذه الروايه تدل على جواز بيع المعلوم منضـما الى المجهول مطلقا سواء كان المجهول مقصودا بالتبع أم لا، الا انها ضـعيفه من حيث السند اولا بارسالها و

---

(۱)- الوسائل جلد ۱۲ الباب ۱۲ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (۲)

ثانيا بسـهل بن زياد و لا يندفع الاشكال بأن الارسال فى المقام لا يضر بالروايه لكون المرسل مثل البزنطى فان مراسيله كمسانيده و بان الامر فى سهل كما حققناه فاذا سقطت الروايه عن الاعتبار سندا فلا مجال للبحث عن دلالتها لعدم ترتب أثر عليها.

و منها روايه معاويه بن عمار عن ابى عبد اللّه عليه السّلام قال: لا بأس ان يشترى الاجام اذا كانت فيها قصب «۱» و هذه الروايه لا بأس بها سندا.

و منها ما عن بعض اصحابنا عن ذكريا عن رجل عن ابى بصير عن ابى عبد اللّه عليه السّلام فى شراء الاجمه ليس فيها قصب انما هى ماء قال: تصيد

كفا من سمك تقول: اشترى منك هذا السمك و ما فى هذه الاجمه بكذا و كذا «۲» و هذه الروايه ضعيفه سندا.

و منها ما عن محمد ابن يحيى عن احمد بن محمد عن الحسين ابن سعيد عن أخيه الحسن عن زرعه عن سماعه قال: سألته عن اللبن يشترى و هو فى الضرع فقال:

لا الا أن يحلب لك منه اسكرجه فيقول: اشتر منى هذا اللبن الذى فى اسكرجه و ما فى ضروعها بثمن مسمى فان لم يكن فى الضرع شى ء كان ما فى الاسكرجه «۳» و لا بأس بهذه الروايه أيضا.

و منها ما عن محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابراهيم الكرخى قال: قلت: لأبى عبد اللّه عليه السّلام ما تقول: فى رجل اشترى من رجل اصواف مأئه نعجه و ما فى بطونها من حمل بكذا و كذا درهما فقال: لا بأس بذلك ان لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف «۴» و هذه الروايه أيضا لا بأس بها و ان كان فى ابراهيم كلام فالسند مخدوش.

و منها ما عن محمد بن يحيى عن عبد اللّه بن محمد عن على بن حكم عن حميد

---

(۱)- الوسائل جلد ۱۲ الباب (۱۲) من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (۵)

(۲)- الوسائل جلد ۱۲ الباب (۱۲) من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (۶)

(۳)- الوسائل جلد ۱۲ الباب ۸ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث (۲)

(۴)- الوسائل جلد ۱۲ الباب ۱۰ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث (۱)

ابن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعه عن غير واحد جميعا عن

ابـان بن عثمـان عن اسـماعيل بن الفضل الهاشـمى عن ابى عبـد اللّه عليه السّـلام فى الرجل يتقبل بجزيه رءوس الرجال و بخراج النخل و الاجام و الطير و هو لا يدرى لعله لا يكون من هذا شى ء أبدا او يكون أ يشتريه و فى اى زمان يشتريه و يتقبل منه.

قال: اذا علمت ان من ذلك شيئا واحدا انه قد أدرك فاشتره و تقبل به «۱» و هذه الروايه ضعيفه السند.

و هنا شـبهات اربع الاولى ان الروايات أجنبيه عن المقام لأنها ناظره الى ما شك فى وجود المبيع و عدمه و البحث انما يكون فى الشك فى صفاته بعد كون أصله مفروغا عنه.

و أجاب الاسـتاذ بان الشك فى وجود المبيع و عـدمه اذا لم يكن مضـرا بصـحته بمقتضـى الروايات فلا يكون الشك فى صـفاته مضرا فيه بطريق الاولى.

و فيه انـا لاـ نسـلم الاولويه فى المقام لأنه على تقـدير الشك فى وجود المبيع و عـدمه لا يكون البيع غرريا لكون البيع معلقا على وجود المبيع و لا يكون هذا التعليق مبطلا للبيع كما قدمناه فاذا ظهر عدم وجود المبيع فلا ينعقد البيع من أصـله فلا يلزم منه الغرر بخلاـف الشك فى بعض جهاته و صـفاته فان الجهل به يوجب الغرر و لا يمكن تعليق البيع على وجودها لكونه مبطلا للبيع لكن اصل الاشكال موهون فان النصوص تشمل ما كان الشك فى صفه الموجود.

الثانيه ان ما فى اسـكرجه غير معلوم وزنه فيكون انضـمامه الى ما فى ضـروعها ضم المجهول الى المجهول و المستفاد من الروايه ان الضم مصحح للبيع و الحال انه خلاف ما تسالم عليه الفقهاء.

و يرد عليه اولا ان اعراض المشهور لا يوجب رفع اليد عن

الروایه بعد تمامیه جهاتها کما ان عملهم علی طبقها لا یجبر ضعفها بعد کونها ساقطه عن الاعتبار.

---

(۱)- الوسائل جلد ۱۲ الباب ۱۲ من أبواب عقد البیع و شروطه، الحدیث (۴)

و ثانیا ان ما أجاب به الاستاذ عن الاشکال بأن الروایه تدل علی صحه البیع فی صوره ضم اسکرجه الی ما فی الضرع اذا کان صحه بیع اسکرجه مفروغه عنها و اما انه هل هو صحیح أم لا- فلا- یکون الروایه ناظره الیها و لیست فی مقام بیانها کما أنها لا تکون فی مقام بیان طهارتها و نجاستها.

الثالثه ان الکف من السمک لا یجوز بیعه لکونه من الموزون.

و اجاب الاستاذ اولا بأنه لیس موزونا مطلقا بل یباع فی بعض النقاط بالعد أیضا.

و ثانیا یمکن ان یحصل العلم بالوزن بما فی الکف بوجه من الوجوه.

الرابعه ان الروایات مختصه بمواردها و لا یمکن التعدی الی غیرها و فیه ان هذا صحیح فیما لا یستفاد منها عموم العله و اما اذا استفید ذلک منها کما فی المقام فلا بأس بالتعدی من موردها.

فتلخص ان مقتضی الروایات جواز بیع المعلوم اذا ضم الیه المجهول مطلقا بلا- فرق بین ان یکون المجهول مقصودا بالتبع او بالاستقلال هذا تمام الکلام فی مسئله بیع المجهول منضما الیه المعلوم.

[مسئله یجوز أن یندر لظرف ما یوزن مع ظرفه مقدار یحتمل الزیاده و النقیصه]

قوله قدس سره «مسئله» یجوز أن یندر لظرف ما یوزن مع ظرفه مقدار یحتمل الزیاده و النقیصه علی المشهور ... «۱»

اقول أفاد المرزا النائینی ره ان موضوع هذه المسأله غیر موضوع المسأله

---

(۱)- المکاسب ص ۲۰۶ السطر (۳).

الآتیه و هی بیع المظروف مع ظرفه فان هذه المسأله عباره عن بیع المظروف فقط دون ظرفه و

يتفرع عليه مسئله الاندار و هی بیع ما یوزن و اندار مقدار لظرفه.

أقول: يقع البحث تاره بالنسبه الى القاعده الاوليه و أخرى بلحاظ الروايات الوارده فى الباب. أما الاول فيتصور الاندار بوجوه.

الاول وزن الظرف و المظروف فيكون وزن المجموع معلوما و اما الظرف بخصوصه فلا يكون وزنه معلوما فيندر من المجموع مقدار يحتمل الزياده و النقيصه فهذه الصوره لا ريب فى بطلانها لكون المبيع مجهولا سواء لزم منه الغرر أم لا للروايات الداله على عدم جواز بيع الموزون الا بالوزن و كذلك عدم جواز بيع المكيل الا بالكيل فالبطلان لا يكون مستندا الى الغرر بل انما هى للنص و التراضى لا يرفع الجهل

الثانى ان يبيع المجموع بعنوان كل رطل منه بدرهم مثلا فهذه الصوره باطله أيضا و ان لم يلزم منه الغرر للجهل بمقدار المبيع.

الثالث أن يوزن المظروف مع ظرفه و يباع المظروف بتمامه، و حكم هذه الصوره هو الفساد، اذ المستفاد من الادله اشتراط العلم بمقدار الموزون.

الرابع أن يشترى خمسه امنان مثلا و يعلم ان ما فى الظرف من البيع لا يكون أقلّ من خمسه أمنان فلا اشكال فى صحته و ان جهل بنسبه خمسه أمنان الى المجموع و هو غير قادح كما بيناه فى بيع صاع من الصبره و لو شك فى مقام تسليم المبيع الى المشترى بأنه وصل اليه حقه أم لا فمقتضى الاستصحاب عدمه.

فتلخص ان البائع لو اندر مقدارا للظرف بحيث يحصل العلم او الاطمينان بمقدار المبيع او كان الاندار بما تعارف بين الناس أو حصل التراضى منهما على ذلك يكون صحيحا.

ان قلت: ان الامر اذا دار بين الاقل و الاكثر غير الارتباطيين يكون المرجع هو البراءه بالنسبه الى الزائد و

ذلک کما اذا لا یعلم زید مثلا انه استدان من عمر و خمسه فلوس او عشره فیجری البراءه بالنسبه الی العشره، و المقام من هذا القبیل فان البراءه محکمه بالنسبه الی الزائد.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۴۰۴

قلت: لا مجال لجریان البراءه لان البائع یعلم تفصیلا ان حق المشتری خمسه أمنان مثلا و لکنه یشک فی انطباق حقه علی ما فی الخارج فاستصحاب العدم الازلی یقتضی عدمه و لا یشک فی حقه حتی تجری البراءه بالنسبه الی غیر ما تیقن به هذا تمام الکلام بالنظر الی القاعده الاولیه.

و اما بالنظر الی الروایات ففی المقام ثلاث روایات یمکن ان یتمسک بها لإثبات الجواز.

الاولی ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعه عن عبد اللّه بن جبله عن علی بن ابی حمزه قال: سمعت معمر الزیات یسأل ابا عبد اللّه (ع) فقال: جعلت فداک انی رجل ابیع الزیت الی ان قال: قلت: فانه یطرح لظروف السمن و الزیت لکل ظرف کذا و کذا رطلا فربما زاد و ربما نقص فقال: اذا کان ذلک عن تراض منکم فلا بأس «۱».

و هذه الروایه و ان امکن التمسک بها من حیث الدلاله علی الجواز و لکن من حیث السند ضعیفه بعلی بن حمزه حیث یحتمل ان یکون المراد منه البطائنی.

الثانیه ما رواه عبد اللّه بن جعفر فی قرب الاسناد عن عبد اللّه بن الحسن عن جده علی ابن جعفر عن اخیه موسی ابن جعفر علیه السّلام قال: سألته عن الرجل یشتری المتاع وزنا فی الناسیه و الجوالق فیقول: ادفع للناسیه رطلا او أقلّ او اکثر من ذلک أ یحل ذلک البیع قال اذا لم یعلم وزن

الناسيه و الجوالق فلا بأس اذا تراضيا «۲».

و هذه الروايه أيضا ضعيفه بعبد اللّه ابن الحسن فانه لم يوثق فلا تكون مستنده

---

(۱)- الوسائل جلد ۱۲ الباب (۲۰) من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث (۱).

(۲)- الوسائل المجلد ۱۲ الباب (۲۰) من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث (۳).

و ان كانت من حيث الدلاله لا بأس بها.

الثالثه موثقه حنان و هى العمده فى الباب قال كنت جالسا عند ابى عبد اللّه (ع) فقال. له معمر الزيات انا نشترى الزيت فى زقاقه و يحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق فقال: ان كان يزيد و ينقص فلا بأس و ان كان يزيد و لا تنقص فلا تقربه «۱»

و هذه الروايه تدل على جواز الاندار بلا اشتراط العلم بمقدار المبيع اذا كان قد يزيد و قد ينقص.

و اما اذا كان زائدا دائما فلا يجوز و الظاهر من الروايه ان الاندار راجع الى الرتبه السابقه على البيع اى يندر للبيع لا ان يندر لتسليم المبيع فاذا ثبت جواز الاندار للروايه المذكوره فهل يمكن التعدى الى غير موردها أم لا، يمكن ان يقال:

بجواز التعدى الى كل مورد يكون من سنخ الزيت فى كونه مائعا كالجلاب و الدبس و غيرهما من المائعات.

و الحاصل انه يتعدى الى كل مورد يكون من قبيل المذكور فى الروايه و من هذا ظهر لک عدم جواز التعدى الى بيع كل ما فى الظرف و جواز الاندار فيه على الاطلاق كما اذا كان المظروف من قبيل الحنطه فانه لا يمكن التعدى من مورد الروايه الى كل مورد لعدم الاطلاق فى الروايه و عدم تنقيح المناط القطعى.

[مسأله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و ان لم يعلم الا بوزن المجموع]

قوله (قدس سره): مسأله يجوز بيع

المظروف مع ظرفه الموزون معه و ان لم يعلم الا بوزن المجموع على المشهور ...

اقول: يقع الكلام فى جواز بيع المظروف مع ظرفه، و هذا يتصور على أقسام ثلاثه.

الاول أن يكون وزن المجموع كافيا لبيع كل جزء منه، أو لم يكن الوزن شرطا فى بيعه فلا شبهه فى جواز بيعه.

---

(۱)- الوسائل جلد ۱۲ باب ۲۰ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (۴).

الثانى ان لا يكون وزن المجموع كافيا لبيع كل جزء منه لعدم اندار متعارف فيه كى يكون مقدار كل جزء معينا.

قال الشيخ: لو كان فى هذه المعامله غرر شخصى تكون باطله كما لو باع سبيكه من ذهب مردد بين مأئه مثقال و الف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنها ألفى مثقال فان الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه الخطر.

و افاد السيد الاستاذ بأن البيع صحيح بتقريب ان احتمال الغبن لا يكون موجبا للبطلان بل للمغبون خيار اذا ظهر الغبن.

و فيه ان الخيار يكون فيما يعلم المشترى ما اشتراه بان ثمنه وقع فى مقابل كتاب المكاسب مثلا و لكنه يحتمل ان يكون مغبونا فى قيمته و اما اذا لا يعلم ما اشتراه من أنه فضه او رصاص فلا يعلم ان الثمن وقع فى مقابل اى منهما فهنا يكون البيع غرريا فيكون باطلا كما افاده الشيخ.

و اما مع انتفاء الغرر الشخصى فلا يكون مانعا فى صحه البيع الا النص الدال على لزوم اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و هو أيضا لا يصلح للمانعيه فى المقام لان المستفاد منه اعتبار العلم بوزن المجموع و هو حاصل هنا دون معرفه كل جزء منه فعدم العلم

به غير قادح.

أقول: ان المركب من المجموع تاره يحصل له حقيقه ثالثه فى مقابل كل جزء منه و ذلك كما فى سكنجبين فانه حقيقه ثالثه فى مقابل الخل و الانجبين و ان كان مركبا عنهما الا انه بالتركيب صار حقيقه ثالثه. ففى هذه الصوره اذا كان المجموع معلوما وزنا يكفى فى صحه بيعه و لا يحتاج الى معرفه وزن كل من الخل و الانجبين و اما اذا لم يكن المجموع حقيقه ثالثه كالزيت مع ظرفه فان معلوميه المجموع لا يكفى فى صحه بيع المجموع.

الثالث ان يكون وزن المجموع كافيا و مؤثرا فى جزء دون جزء آخر و ذلك كما اذا باع الفضه المحشى بالشمع فاذا باع الفضه بوزن المجموع يكون صحيحا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤٠٧

لوجود اندار متعارف للشمع فيكون مقدار الفضه معلوما بخلاف ما اذا باع الشمع بوزن المجموع فلا يصح بيعه لعدم اندار متعارف للفضه فيكون وزن الشمع مجهولا فيبطل البيع.

و الحاصل انه اذا باع الفضه استقلالا و يكون الشمع تابعا له فلا ريب فى صحته و اما اذا باع الشمع و يكون الفضه تابعه له فيكون البيع باطلا. او باع كل منهما على نحو الاستقلال فايضا يكون البيع باطلا و السر فى بطلان الاخيرين هو الجهل بمقدار المبيع.

قوله: ان بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور ...

أقول: ان بيع المجموع يتصور على وجوه ثلاثه. الاولى ان يباع الظرف و المظروف بعشره دنانير، فظهر كون الظرف مال الغير، فلا يقسط الثمن بالمناصفه بينهما، بل يقوم كل من الظرف و المظروف على حده، و يلاحظ نسبه قيمه الظرف الى المجموع فيؤخذ منه بهذه النسبه فاذا كان قيمه الظرف درهما و قيمه المظروف تسعه

دراهم كان للظرف عشر الثمن و هكذا.

الثانيه ان يباع المظروف مع ظرفه على أن كل رطل من الزيت مثلا بثمانيه دراهم و كان قيمه المجموع عشره دراهم فيؤخذ قيمه الزيت و يكون قيمه الظرف ما بقى منه فاذا لم يكن فى الظرف إلا رطل واحد من الزيت فيؤخذ ثمانيه دراهم له فيبقى درهمان للظرف.

الثالثه ان يباع كل رطل من مجموع الظرف و المظروف بدرهم مثلا بأن يلاحظ الظرف و المظروف شيئا واحدا فاذا ظهر كون الظرف للغير فيندر بمقدار الظرف فاذا كان وزن المجموع عشره أرطال و كان وزن الظرف رطلين فيندر الرطلان عن المجموع فيبقى له ثمانيه ارطال. و اما اذا لم يلاحظ المجموع شيئا واحدا بأن يباع المركب من المظروف و الظرف فلا يصح فى هذه الصوره اندار وزن الظرف، لا مكان كون قيمه رطلين من الظرف مساويه مع قيمه المظروف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۴۰۸

فطريق التقسيط حينئذ يكون بتقويم الظرف تاره و قيمه المجموع أخرى و يلاحظ النسبه بينهما فيؤخذ من المجموع بهذه النسبه قوله قدس سره.

[تنبيهات البيع]

[ينبغى استحباب التفقه فى مسائل الحلال و الحرام المتعلقه بالتجارات]

«مسئله» المعروف بين الاصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغى استحباب التفقه فى مسائل الحلال و الحرام المتعلقه بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا الخ «۱»

اقول هل يجب تعلم مسائل المعاملات او يستحب اولا هذا و لا ذاك الحق هو الاخير لعدم قيام الدليل على وجوبه او استحبابه عدا ما توهم من الروايات الوارده فى المقام الا أن كلها ضعيفه السند لا يمكن ان يعتمد عليها. و إليك الروايات التى يمكن ان يستدل بها على المدعى.

منها ما رواه محمد بن يعقوب عن عده من اصحابنا عن احمد بن محمد عن

عثمان بن عیس عن ابی الجارود و عن الاصبغ بن نباته قال سمعت امیر المؤمنین علیه السّلام یقول: علی المنبر، یا معشر التجار الفقه ثم المتجر الفقه ثم المتجر الفقه ثم المتجر و اللّه للربا فی هذه الامه أخفی من دبیب النمل علی الصفا شوبوا ایمانکم بالصدق، التاجر فاجر و الفاجر فی النار الا من أخذ الحق و اعطی الحق «۲».

و هذه الروایه ضعیفه بعثمان ابن عیسی و ابن جارود فانهما لم یوثقا و سند الصدوق الی اصبغ ابن نباته علی فرض کونه صحیحا یناقش فی اصبغ فانه و ان کان من شرطه الخمیس و من کبار صحابه الامام أمیر المؤمنین علیه السّلام الا انه لم یوثق فی کتب

---

(۱)- المکاسب ص (۲۰۸) السطر (۱۶)

(۲)- الوسائل المجلد ۱۲ الباب (۴) من ابواب آداب التجاره الحدیث (۱)

الرجال فلا یقبل روایته.

و منها ما رواه طلحه ابن زید عن ابی عبد اللّه (ع) قال: قال امیر المؤمنین (ع) من اتجر بغیر علم ارتطم فی الربا ثم ارتطم و هذه الروایه مخدوشه بطلحه «۱» و منها قوله (ع) کان امیر المؤمنین (ع) یقول: لا یقعدن فی السوق الا من یعقل الشراء و البیع «۲» و هذه الروایه ساقطه بالارسال.

و منها مرسله الصدوق قال الصادق (ع): من اراد التجاره فلیتفقه فی دینه «۳» و هذه الروایه مرسله ساقطه عن الاعتبار. فهذه الروایات باجمعها قابله للمناقشه سندا فلا یمکن الاعتماد علیها.

و ثانیا علی فرض تسلیم سندها لا تدل علی الحکم التکلیفی بل انما هی ارشاد الی ان من یرید ان یعرف العقد الصحیح من السقیم و یسلم عن الربا فلا بد أن یتعلم مسائل التجارات. و

من هـذا اتضـح لك فساد ما ذهب اليه الشـيخ ره بأن المسـتفاد من الروايات وجوب التفقه فى مسائل المتعلقه بالتجاره لما عرفت من ضعف الروايات اولا و عدم دلالتها على الحكم التكليفى ثانيا.

و كـذا لاـ يمكن المساعـده على مـا أفـاده قـدس سـره لإثبـات وجوب التعلم من أن الاصـل فى المعاملاـت هو الفسـاد فان فساد المعامله من لحاظ اصاله الفساد لا يقتضى وجوب التعلم بل غايته الاحتراز عما ينتقل اليه بالمعامله.

---

(۱)- الوسائل المجلد ۱۲ الباب (۴) من ابواب آداب التجاره الحديث (۲)

(۲)- الباب (۴) من ابواب آداب التجاره الحديث (۳)

(۳)- الباب (۴) من أبواب آداب التجاره الحديث (۴)

«الكلام فى تلقى الركبان»

اشاره

قوله (قدس سره): لا خلاف فى مرجوحيه تلقى الركبان بالشروط الآتيه «۱».

أقول: هل يكون تلقى الركبان حراما، او مكروها، او ليس هـذا و لا ذاك وجوه، بل أقوال. مـدرك القول بالحرمه، هى الروايات الوارده فى المقام، الا أنها ضعيفه السند، لا يمكن أن يعتمد عليها.

لا يقال: ان هذه الروايات، و ان كانت ضعيفه السند، الا أن المشهور عملوا بها، و هو جابر، لضعفها.

لأنه يقال: ان عملهم بالخبر الضـعيف لا يجبر ضعفه كما ان اعراضهم عن الخبر الصحيح لا يوجب وهنه هذا أولا. و ثانيا ان عمل المشهور على تقدير تسليم جابريته انما يجبر الضعف اذا احرز استناد المشهور بالخبر الضعيف، و أنى للمدعى اثبات ذلك. و اما القول بالكراهه، فيتوقف اثباتها على مقدمتين.

الاولى اثبات دلاله أخبار من بلغ على الاستحباب، لا على الارشاد الى

---

(۱)- المكاسب ص (۲۱۰) السطر (۲۲)

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۴۱۱

حکم العقل.

الثانیه تسریه الحکم من الاستحباب الی الکراهه الا انه لا یمکن الالتزام بهاتین المقدمتین.

اما المقدمه الاولی- فان

الظاهر من اخبار من بلغ هو الارشاد الی حکم العقل فلا یستفاد منه الاستحباب، کما اشبعنا الکلام فیه فی محله.

و اما المقدمه الثانیه- فان المستفاد من تلک الروایات استحقاق الفاعل ما یرجی ان یکون محبوبا للمولی و ان لم یکن فی الواقع کذلک، و اما الکراهه فالروایات اجنبیه عنها و لا وجه للتعدی الی الکراهه علی تقدیر دلاله الروایات علی الاستحباب کما هو واضح

و بعباره اخری غایه ما یستفاد منها علی تقدیر التنزل استحباب العمل الذی یحتمل کونه محبوبا فیقتصر علی هذا المقدار و اما الکراهه فلا وجه للقول بها.

و قد اورد بعض علی دلاله الروایه، بالکراهه بأن مفاد الاخبار هی الحرمه، فلا وجه للقول بالکراهه. و لکنه یمکن أن یجاب عنه بأنا اذا أغمضنا مما ذکرنا من عدم جواز تسریه الحکم من الاستحباب الی الکراهه و قلنا: بجوازها فنقول: ان مفاد الاخبار و ان کانت الحرمه الا أنها تدل علی الکراهه بالملازمه فتشمله أخبار من بلغ. و بعباره أخری لو قلنا: بان المستفاد من الروایات الوارده فی ذلک الباب استحباب ما بلغ علی عمله الثواب و کراهه ما بلغ علیه العقاب نقول: بکراهه ما یدل الدلیل علی حرمته لأنه یصدق انه بلغ علی عمله العقاب کما انه نقول: باستحباب ما دل الدلیل علی وجوبه لصدق بلوغ الثواب علی عمله و لا وجه للتفرقه بین الواجب و الحرام فهذا الاشکال غیر وارد، فالعمده فی الجواب هو ما ذکرنا.

فتلخص من جمیع ما ذکرنا أن تلقی الرکبان، لا یکون حراما، و لا مکروها.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۴۱۲

[فی أن حد التلقی اربعه فراسخ]

قوله (قدس سره) «ثم ان حد التلقی اربعه فراسخ» «۱»

أقول: قد عرفت عدم قیام دلیل علی حرمه تلقی

الركبان و كراهته و على تقدير القول: بكراهته او حرمته يقع البحث فى حدوده و لا يخفى ان مفاد الروايات فى المقام مختلف فان بعضا منها يدل على كون الحد مادون أربعه فراسخ و هو كقوله:

عليه السلام «لا تلق فان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله» نهى عن التلقى قال: و ما حد التلقى؟

قال: ما دون غدوه أو روحه، قلت: و كم الغدوه و الروحه؟ قال: أربعه فراسخ، قال ابن أبى عمير: و ما فوق ذلك فليس بتلق «۲».

و هذه الروايه ضعيفه بمنهال، و بعضها يدل، على كون الحد اربعه فراسخ، و هو ما رواه منهال القصاب أيضا قال: قلت له: ما حد التلقى؟ قال: روحه «۳» و هذه الروايه كسابقتها.

و من الروايات ما تنهى عن مطلق التلقى منها ما رواه منهال عن أبى عبد اللّه (ع) قال (ع): لا تلق و لا تشتر ما تلقى «۴» و وجه ضعفها ظهر مما ذكر.

و منها ما رواه عروه بن عبد اللّه عن أبى جعفر قال: قال رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله لا يتلقى أحدكم تجاره خارجا من المصر «۵» و رواها الصدوق مرسلا.

و هذه الروايه ضعيفه بعروه و المرسله بارسالها و فى المقام روايه تدل على التحديد و هو ما رواه الصدوق مرسلا «۶».

---

(۱)- المكاسب ص ۲۱۰ سطر ۳۰.

(۲)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳۶) من أبواب آداب التجاره الحديث (۱)

(۳)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳۶) من أبواب آداب التجاره الحديث (۴)

(۴)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳۶) من أبواب آداب التجاره الحديث (۳)

(۵)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳۶) من أبواب آداب التجاره الحديث (۵)

(۶)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳۶) من أبواب آداب التجاره الحديث

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۴۱۳

و مقتضی الجمع بین الروایات بقانون الاطلاق و التقیید، و بلحاظ مرسله الصدوق ان التلقی یکون اربعه فراسخ، و ان أبیت عن ذلک فتتساقط الروایتان بالتعارض فتصل النوبه الی الاصل العملی، و مقتضاه نفی الزائد عن القدر المتیقن و هو مادون اربعه فراسخ هذا تمام الکلام فی أصل الحکم، و تحدیده ثم انه یشترط فی تحقق الحکم امور.

الاول القصد بان یقصد من خروجه تلقی الرکبان و اما لو اتفق ذلک فی الطریق لم تشمله ادله الحرمه او الکراهه لان القصد اشرب فی معنی التلقی و بدونه لا یصدق التلقی فان هیئه التفعل هکذا.

الثانی قصد المعامله بأن یقصد من التلقی المعامله معهم و اما لو تلقیهم لأمر آخر و اتفقت المعامله فی ضمنه فلا یترتب علیه حکم الکراهه او الحرمه، اذا العرف یفهم من الدلیل هذا المعنی.

الثالث جهل الرکبان بسعر البلد کما قیل تمسکا بالتعلیل الوارد فی ذیل روایه عروه و هو قوله (ع): «المسلمون یرزق اللّه بعضهم من بعض «۱»» بتقریب انه لو کان عالما بالسعر یکون التعلیل لغوا.

و یرد علیه اولا انه یمکن ان یکون عله للحکم الاخیر و هو عدم جواز بیع الحاضر من البادی کما فی قوله صلی اللّه علیه و آله فی روایه جابر قال صلی اللّه علیه و آله لا یبیع حاضر لبادی دعوا الناس یرزق اللّه بعضهم من بعض «۲» له الا ان هذه الروایه ضعیفه بسفیان و غیره.

ثانیا لا منافاه بین علم البادی، و التعلیل المذکور فی الروایه لا مکان بیعه أقل من قیمته السوقیه مع علمه بذلک لدواعی اخر.

و ثالثا ان المذکور فی الروایه حکمه للحکم و لیس ذلک عله له

حتی یدور

---

(۱)- الوسائل ج ۱۲ الباب ۳۷ من أبواب آداب التجاره الحديث (۱)

(۲)- الوسائل الباب (۳۷) من ابواب آداب التجاره الحديث (۳)

الامر مداره.

[لا فرق بين اخذ المتلقى بصيغه البيع او الصلح او غيرهما]

قوله قدس سره ثم انه لا فرق بین اخذ المتلقی بصیغه البیع او الصلح او غیرهما الخ «۱».

اقول هـل يفرق بين البيع و الصـلح؟ الظاهر انه لا فرق بين اخـذ المتلقى بصـيغه البيع او الصـلح او غير هما لعـدم الفرق عرفا و اما الهبه المعوضه فلاـ تشـملها ادله الحرمه او الكراهه. و لاـ يمكن ادعـاء عـدم الفرق العرفى و هل يشـمل الحكم المـذكور لا يجار المساكن و الخانات لهم أم لا؟

الحق ان التعليـل الوارد فى بعض الروايـات لاـ يمكن ان يسـتفاد منه هـذا العموم فانه مر آنفا الاشـكال فيه و الحاصل ان اسـتفاده الحكم الكلى بهـذا النحو من التوسـعه فى غـايه الاشـكال ثم انه اذا صار البادى مغبونا يثبت له خيار الغبن طبعا. و اما البحث بأنه فورى او غير فورى فموكول الى البحث عن الخيارات.

و اما النبوى الدال على ثبوت الخيار لهم فلا يعتمد عليه لضعفه.

[مسئله اذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع اليه منهم]

«مسئله» قوله: «اذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع اليه منهم» «۲»

اقول: حاصل الكلام فى المقام بانه اذا دفع انسان الى غيره مالا ليصـرفه فى جماعه و كان المـدفوع اليه مصداقا لهذه الجماعه هل يجوز له ان يصرفه لنفسه أيضا أم لا.

و لاـ يخفى ان محـل الكلاـم اذا لم يسـتقل المـدفوع اليه فى التصـرف بـأن لا يكون له ولايه فيه بحيث يكون المالك منعزلا عن الدخل و التصرف و اما اذا كان للمدفوع

---

(۱)- المكاسب ص (۲۱۱) السطر (۷)

(۲)- المكاسب، الصفحه ۲۱۱، السطر ۱۶.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۴۱۵

الیه ولایه علی ذلک المال کسهم الامام (ع) ورد المظالم المدفوع الی الحاکم لو فرض انهما کذلک فله أن یعمل علی ما یوافق وظیفته الشرعیه.

فتحصل ان

محل النظر فيما اذا كانت الولايه و الاختيار للدافع او كان نظره دخيلا فى ذلک اذا عرفت ذلک فنقول: اذا قامت القرينه الحاليه او المقاليه على رضى الدافع على أخذ المدفوع اليه منه فلا اشكال فى جواز أخذه و ان لم يكن داخلا فى العنوان الذى لا بد ان يصرف المال لهم كما اذا عين الدافع مقدارا للمشتغلين و لم يكن المدفوع اليه منهم كما اذا قامت القرينه على عدم رضاه فلا يجوز له التصرف لنفسه و ان كان داخلا فى العنوان الذى عين المال لهم هذا مما لا كلام فيه.

و انما الكلام فيما اذا لم تقم القرينه بذلک و شک فى تعيين مراده فتاره تنشئ الصيغه على نحو القضيه الخارجيه كأن يقول: ادفع هذه الفلوس الى المشتغلين الجالسين فى مجلسنا و الظاهر عدم جواز صرفه لنفسه و ان كان من المشتغلين لظهور القضيه فى غير المدفوع اليه.

و اخرى على نحو القضيه الحقيقيه كما اذا قال كل مشتغل فله درهم مثلا فيجوز أن يأخذ المدفوع اليه أيضا درهما لمفسه و ان كان الدافع معتقدا بعدم دخول المدفوع اليه تحت العنوان كما انه يجوز له الاخذ فيما كانت القضيه الحقيقيه ممزوجه بالخارجيه بان يرتب الاذن على العنوان المنطبق على الخارج هذا مقتضى القاعده.

و لكن الانصاف خروج المدفوع اليه بحسب الظهور هذا بالنسبه الى القاعده الاوليه الا ان فى المقام عده من الروايات تدل على ان من دفع اليه مال ليفرقه فى قوم و كان منهم جاز له أن يأخذ لنفسه كأحدهم.

منها ما رواه محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، عن على بن الحكم، عن أبان بن عثمان، عن سعيد بن يسار

قال: قلت: لأبی عبد اللّه (ع)

الرجل یعطی الزكاه فیقسمها فی اصحابه أ یأخذ منها شیئا؟ قال: نعم «۱».

و منها ما رواه محمد بن حسن بأسناده عن الحسین بن سعید، عن ابن ابی عمیر عن عبد الرحمن یعنی ابن الحجاج، عن أبی عبد اللّه علیه السّلام فی رجل اعطاه رجل مالا لیقسمه فی المساكین و له عیال محتاجون أ یعطیهم منه من غیر أن یستأذن صاحبه؟ قال نعم «۲».

و منها ما رواه علی بن ابراهیم، عن ابیه، عن ابی عمیر، عن الحسین بن عثمان عن ابی ابراهیم علیه السّلام فی رجل اعطی مالا یفرقه فیمن یحل له، أله أن یأخذ منه شیئا لنفسه و ان لم یسم له؟ قال: یأخذ منه لنفسه مثل ما یعطی غیره «۳».

و منها ما رواه علی بن ابراهیم، عن محمد بن عیسی عن یونس، عن عبد الرحمن ابن الحجاج، قال: سألت أبا الحسن علیه السّلام عن الرجل یعطی الرجل الدراهم یقسمها و یضعها فی مواضعها و هو ممن تحل له الصدقه، قال: لا بأس أن یأخذ لنفسه كما یعطی غیره، قال: و لا یجوز له أن یأخذ اذا أمره أن یضعها فی مواضع مسماه الا باذنه «۴»

و فی المقام روایه واحده تدل علی عدم جواز أخذه لنفسه الا أن یأذن له صاحبه و هی ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألته عن رجل أعطاه رجل مالا لیقسمه فی محاویج او فی مساكین و هو محتاج، أ یأخذ منه

---

(۱)- وسائل الشیعه: الجزء الثانی عشر، الباب (۸۴) من ابواب ما یكتسب به، الحدیث (۱)

(۲)- وسائل الشیعه الجزء (۱۲) الباب (۸۴) من

أبواب ما يكتسب به الحديث (٢)

(٣)- الوسائل الباب (۴۰) من ابواب المستحقين للزكاه الحديث (٢)

(۴)- الوسائل الباب (۴۰) من ابواب المستحقين للزكاه الحديث (٣)

لنفسه و لا يعلمه؟ قال: لا يأخذ منه شيئا حتى يأذن له صاحبه «١» فجمع بين الطائفتين بوجوه.

الاول- ما أفاده الشيخ الاعظم ره بحمل الاخبار المجوزه على ما اذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع فى العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون أخر و حمل الصحيحه المانعه السابقه على ما اذا لم يعلم الامر بفقر المأمور فأمرها بالدفع الى مساكين على وجه يكون المسكنه داعيه الى الدفع لا موضوعا و لما لم يعلم المسكنه فى المأمور لم يحصل داع على الرضا بوصول شى ء من المال اليه.

و اورد عليه الاستاذ دام ظله بان جواز الاخذ لنفسه فيما اذا علم رضى الدافع بذلك و عدم الجواز فيما اذا لم يرض أمر واضح عند المتشرعه و لا يحتاج الى السؤال.

و يرد عليه ان ما افاده استبعاد محض و الحال انه لا استبعاد فيه لعدم كون هذه المسأله من الواضحات خصوصا عند العوام فانه يحتاج الى السؤال عندهم و ان شئت قلت ان حكم المسأله لم يكن واضحا من اول الامر.

و الحق ان يورد عليه ان هذا الجمع تبرعى و لا يمكن الالتزام به فى المقام.

الثانى ما افاده شيخ الطائفه من حمل الصحيحه المانعه على الكراهه بقرينه الاخبار المجوزه.

و يرد عليه اولا بأن العرف يرى التنافى بين الحرمه و الكراهه و لا وجه لهذا الحمل لعدم كونه جمعا عرفيا بل انما هو جمع تبرعى و لا يمكن الالتزام به و قد حققناه فى محله.

و ثانيا أن معنى

حمل الاخبار الناهيه على الكراهه جواز التصرف فى مال الغير الا انه مكروه فقط و هذا المعنى بعيد من مذاق المتشرعه.

الثالث- حمل الصحيحه المانعه على ما اذا عين الدافع مورد الصرف و حمل

---

(۱)- الوسائل الباب (۸۴) من ابواب ما يكتسب الحديث (۳)

الاخبار المجوزه على ما اذا لم يعين ذلک.

و يرد عليه ان هذا الجمع أيضا خلاف الظاهر لظهور الصحيحه المانعه فى خلاف ما ذكر كما هو واضح.

قمّى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ۲ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ۳، ص: ۴۱۸

الرابع ما افاده السيد الاستاذ دام ظله بان الروايه المانعه ظاهره فيما اذا كان المال لشخص الدافع كما هو ظاهر كلمه صاحبه فى قوله عليه السّلام (لا يأخذ منه شيئا حتى يأذن له صاحبه).

و الروايات المجوزه تحمل على ما اذا لم يكن المال لشخص الدافع بل كان من الحقوق الشرعيه كالزكاه و غيرها.

«لا يقال» ان الروايه المانعه مطلقه و باطلاقها تشمل الحقوق أيضا.

لأنا نقول: ان الروايه المذكوره اما لا تكون مطلقه بل ظاهره فيما ذكرنا و استظهرنا من كلمه صاحبه و على هذا لا تعارض بين الروايتين حتى يحتاج الى الجمع بينهما و اما مطلقه تشمل ما كان المال المدفوع مالا شخصيا للدافع او من الزكاه و غيرها فالامر أيضا سهل لأنها تقيد بالاخبار المجوزه.

و يرد عليه ان كلمه (صاحبه) فى الروايه المانعه ان كانت موجبه لحملها على ما ذكره الاستاذ فايضا توجب ذلک فى الروايه المجوزه فان فيها أيضا هذه الكلمه مذكوره.

و هى ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عن ابى عبد اللّه عليه السّلام فى رجل

اعطاه رجل مالا ـ ليقسمه فی المساكين و له عيال محتاجون أ يعطيهم منه من غير أن يستأذن صاحبه؟ قال: نعم» و حمل الروايه المانعه علی ما اذا كان المال شخصيا للدافع دون الروايه المجوزه ترجيح بلا مرجح.

و الحق ان يقال: بتعارض الطائفتين و تساقطهما و بعد التساقط يكون المرجع هی القاعده الا ان يقال بانه لا ولايه للدافع فی الحقوق الشرعيه بعد الدفع فيجوز التصرف فيها لكل من يكون اهلا و مستحقا.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۳، ص: ۴۱۹

الكلام فی احتكار الطعام

قوله قدس سره مسئله احتكار الطعام و هو كما فی الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء لا خلاف فی مرجوحيته الخ.

«۱» أقول الحق فی المقام ان يقال: ان الاحتكار يتعنون باحكام اربعه.

۱- الوجوب ۲- الحرمه. ۳- الاستحباب. ۴- الاباحه. اما الكراهه فلم نجد مصداقا لها بأن يكون الاحتكار مكروها.

اما الوجوب فهو كما علم ان الطعام لا يصل الی البلد بعد شهرين فيجب حبس الطعام و حفظه فی هذه الصوره ليحفظ الناس عن التلف كما فعل ذلک حاكم المصر بامر يوسف علی نبينا و عليه الصلاه و السلام.

و اما الاستحباب ففيما يحتكر لإعانه الزوار او العجزه، و لكن الاحتكار يجب فی الاول و يستحب فی الثانی بالعنوان الثانوی.

و أما الاباحه فهی فيما اذا لم يقع الناس فی مخمصه لوجود الباذل و وفور الطعام.

و اما الحرمه فهی فيما اذا كان الناس فی مخمصه و لم يكن فی المصر طعام فالاحتكار فی هذه الصوره حرام فی الجمله كما يدل عليها عده من الروايات.

منها ما رواه محمد بن يعقوب عن ابی علی الاشعری، عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان، عن أبی الفضل سالم الحناط قال:

قال لى أبو عبد اللّه عليه السّلام: ما عملك؟ قلت حناط و ربما قدمت على نفاق، و ربما قدمت على كساد فحبست.

قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون: محتكر، فقال: يبيعه احد

---

(۱)- المكاسب ص (۲۱۳) السطر (۸)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۴۲۰

غيرك (قلت ما أبيع أنا من الف جزء جزءا قال: لا بأس انما كان ذلك رجل من قريش يقال له: حكيم بن حزام، و كان اذا دخل الطعام المدينه اشتراه كله فمر عليه النّبيّ صلى اللّه عليه و آله فقال: يا حكيم بن حزام اياك ان تحتكر «۱». فان المستفاد من قوله (اياك) هى الحرمه و غير ذلك من الروايات.

و استدل الشيخ ره بما رواه محمد بن يعقوب، عن أبيه عن ابن أبى عمير، عن حماد، عن الحلبى، عن ابى عبد اللّه عليه السّلام قال: سألته عن الرجل يحتكر الطعام و يتربص به هل يصلح ذلك)

قال: ان كان الطعام كثيرا يسع الناس فلا بأس به و ان كان الطعام قليلا لا يسع الناس فانه يكره أن يحتكر الطعام و يترك الناس ليس لهم طعام «۲».

و الانصاف ان هذه الروايه لا تدل على الحرمه لمكان لفظ الكراهه اذا عرفت ان الاحتكار حرام فى الجمله فيتم المقام ببيان أمور.

الاول- هل الاحتكار حرام مطلقا سواء وجد بايع غيره أم لا) و المستفاد من الروايات جواز الاحتكار اذا كان فى المصر طعام يبيعه غيره.

منها ما رواه محمد بن على ابن الحسين باسناده عن حماد، عن الحلبى، عن ابى عبد اللّه عليه السّلام قال: سئل عن الحكره فقال: انما الحكره ان تشترى طعاما و ليس فى المصر غيره فتحتكره فان كان فى المصر طعام او متاع غيره

فلا بأس أن تلتمس بساحتک الفضل «۳»

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۲۸) من أبواب آداب التجاره، الحديث (۳).

(۲)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۲۷) من أبواب آداب التجاره، الحديث (۲).

(۳)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۲۸) من أبواب آداب التجاره، الحديث (۱)

و منها ما رواه محمد بن يعقوب، عن علی ابن ابراهيم، عن أبيه، عن ابن ابی عمير، عن حماد نحوه و زاد قال: و سألته عن الزيت فقال: اذا کان عند غيرک فلا- بأس بامساکه «۱».

و منها ما رواه أبو علی الاشعری، عن محمد بن عبد الجبار، عن صفوان، عن ابی الفضل سالم الحناط قال: قال لی أبو عبد اللّه عليه السّلام ما عملک (قلت: حناط، و ربما قدمت علی نفاق و ربما قدمت علی کساد فحبست، قال: فما يقول من قبلک فيه) قلت: يقولون: محتکر، فقال: يبيعه أحد غيرک (قلت: ما أبيع من ألف جزء جزءا قال: لا بأس ... «۲»

الثانی- هل الاحتکار محدود بحد بان يجوز فی الخصب الی أربعون يوما و فی الشده ثلاثه ايام الحق انه لا تحديد فيه لعدم قيام دليل عليه الا بعض الروايات الضعيفه.

منها ما رواه محمد بن يعقوب عن علی ابن ابراهيم، عن ابيه، عن النوفلی، عن السکونی، عن ابی عبد اللّه عليه السّلام قال: الحکره فی الخصب أربعون يوما، و فی الشده و البلاء ثلاثه ايام، فما زاد علی الاربعين يوما فی الخصب فصاحبه ملعون و ما زاد علی ثلاثه أيام فی العسره فصاحبه ملعون، «۳» و هذه الروايه ضعيفه بنوفلی و طريق الصدوق الی السکونی أيضا ضعيف لوقوع النوفلی فيه.

فتحصل ان التحديد باربعين يوم الثلاثه لا يصح.

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۲)،

الباب (۲۸) من أبواب آداب التجاره، الحديث (۲).

(۲)- الوسائل، الجزء (۱۲)، الباب (۲۸) من أبواب آداب التجاره، الحديث (۳).

(۳)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۲۷) من أبواب آداب التجاره، الحديث (۱).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۴۲۲

الثالث ان الاحتكار يختص بالطعام، و ما ذكر فى الروايات من الحنطه، و الشعير، و التمر، و الزبيب، و الزيت، لا يشمل لغيرها و فى الحاق الملح بها لا وجه له.

و ما أفاده الشيخ من أن الوجه فى الحاقه استنباط العله للحكم، ففيه اولا ان كان فليس الا ظنيا، و هو لا يغنى من الحق شيئا.

و ثانيا ان الالحاق اذا كان بهذا الملاک، فلا بد من اسراء الحکم الى کل شى ء يکون مورد الحاجه و أنى لنا بذلک.

و افاد السيد الاستاذ انه لا وجه للتخصيص لان الروايات التى ذكرت فيها الاشياء المذكوره كلها ضعيفه السند فان كلما يصدق عليه عنوان الطعام يكون من غالب قوت البلد فالاحتكار فيه حرام.

و يرد عليه انا لا نسلم ضعف جميع الروايات الوارده فى الباب الداله على التقييد فان بعضا منها معتبر، و هو ما رواه غياث عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال ليس الحكره الا فى الحنطه و الشعير، و التمر، و الزبيب، و السمن، فان لهذه الروايه سندا معتبرا اذ الصدوق رواها بسنده بغياث و سنده معتبر فعليه يكون الاحتكار مختصا بالاشياء المذكوره فى الروايه.

الرابع ان الاحتكار ينحصر فى شراء الطعام أو يعم بقيه اقسام التملک.

قال الشيخ. الاقوى التعميم بقرينه تفريع قوله فان كان فى المصر طعام و يؤيد ذلک ما تقدم من تفسير الاحتكار فى كلام أهل اللغه بمطلق جمع الطعام و حبسه سواء كان بالاشتراء او بالزرع.

و لكن التحقيق يقتضى

أن يقال: بحصر الاحتكار على اشتراء الطعام فقط، كما هو المستفاد من بعض الروايات و هو ما رواه الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام عن أبيه قال: سئل عن الحكره فقال انما الحكره أن تشترى طعاما و ليس فى المصر غيره

فتحتكره فان كان فى المصر طعام أو متاع غيره فلا بأس أن تلتمس بساحتك الفضل «١» و هذه الروايه تامه سندا و دلاله.

و يؤيده ما رواه (فى المجالس و الاخبار) عن ابى جعفر عليه السّلام قال: قال رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله أيما رجل اشترى طعاما فكبسه أربعين صباحا يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدق بثمنه لم يكن كفاره لما صنع «٢».

و هذه الروايه تامه من حيث الدلاله، و لكنها ضعيفه من حيث السند.

و ما ورد فى حق بنى فضال من الاخذ بما رووا لا يقتضى توثيق من روى عنه بنى فضال فان الحكم بالاخذ بروايتهم يقتضى عدم الخدشه فيهم لا الاعتماد بروايتهم على نحو الاطلاق بحيث يسرى الى المروى عنه و إلا يلزم الاخذ و لو مع العلم بفسق المروى عنه، و هو كما ترى.

و ما أفاد الشيخ من استفاده الحكم من تعليل الحكم فى بعض الاخبار بان يترك الناس ليس لهم طعام مدفوع بانه لا يستفاد من الخبر المشار اليه العليه الصريحه بحيث يستفاد منه العموم و الخصوص فلاحظ (الخامس) ان اقسام حبس الطعام كثيره.

و قد ذكر الشيخ جمله منها بقوله لان الشخص اما أن يكون قد حصل الطعام لحبسه أو لغرض آخر أو حصل له من دون تحصيل له.

و الحبس اما ان يراد منه نفس تقليل الطعام اضرارا بالناس فى انفسهم أو

يريد به الغلاء، و هو اضرارهم من حيث المال أو يريد به عدم الخساره من رأس ماله، و ان حصل ذلك لغلاء عارضى لا يتضرر به أهل البلد كما قد يتفق ورود عسكر و زوار فى البلاد و توقفهم يومين أو ثلاثه فيحدث للطعام عزه لا يضر باكثر اهل البلد الى أن قال

---

(۱)- الوسائل، الباب (۲۸) من ابواب آداب التجاره، الحديث (۱).

(۲)- الوسائل، الجزء (۱۲)، الباب (۷) من أبواب آداب التجاره، الحديث (۶)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۳، ص: ۴۲۴

و عليك فى استخراج احكام هذه الاقسام.

و الحق أن يقال انه كلما صدق عنوان الاحتكار يترتب عليه حكمه و اما اذا لم يصدق عليه أو شك فى صدقه فلا يترتب عليه حكمه.

السادس انه هل يجوز اجبار المحتكر على البيع أم لا- قال الشيخ الظاهر عدم الخلاف فيه و العمده فى المقام أن يبحث عن مدركه فنقول ان المدرك فى ذلك ان كان هو الاجماع فقد مر ما فيه.

و ان كان المدرك هو النص و هو ما رواه حذيفه بن منصور عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال نفد الطعام على عهد رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله فأتاه المسلمون فقالوا يا رسول اللّه قد نفد الطعام و لم يبق منه شى ء الا عند فلان فمره ببيعه، قال: فحمد اللّه و أثنى عليه ثم قال:

يا فلان ان المسلمين ذكروا ان الطعام قد نفد الا شى ء عندك فأخرجه و بعه كيف شئت، و لا تحبسه «۱».

و هذه الروايه مخدوشه سندا و دلاله أما السند فمخدوش بمحمد بن سنان.

و اما دلاله فبما أن اجبار المحتكر على البيع يكون على خلاف القاعده المسلمه و هو تسلط الناس على اموالهم فعلى

تقدير ثبوت الاجبار من النّبيّ فيمكن أن يكون ذلك من باب ولايته صلى اللّه عليه و آله على الاموال، و الانفس فلا يمكن التعدى الى غير موردها هذا اولا.

و ثانيا ان ما يفهم من الروايه أنه امر المحتكر بالبيع و اما اجباره فلا يستفاد منها و لعل كان ذلك من باب الامر بالمعروف.

و منها ما رواه الحسين بن عبيد اللّه بن ضمره عن أبيه، عن جده، عن على بن أبى طالب عليه السّلام انه قال: رفع الحديث الى رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله انه مر بالمحتكرين فأمر

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۲)، الباب (۲۹) من أبواب آداب التجاره، الحديث (۱).

بحكرتهم أن تخرج الى بطون الاسواق و حيث تنظر الابصار اليها ... «۱»

و هذه الروايه تامه سندا اذا الصدوق نقلها بسند معتبر الا أنها لا تدل على المدعى.

فتلخص مما ذكرنا عدم قيام الدليل على جواز اجبار المحتكر على البيع الا من باب الامر بالمعروف، و لو اغمضنا عما ذكرنا و قلنا بجواز اجباره على البيع هل يسعر عليه أم لا؟

قال الشيخ لا يسعر عليه اجماعا كما عن السرائر.

اقول: ان الامر كما أفاده فان مقتضى القاعده الاوليه و هو تسلط الناس على أموالهم عدم جواز التسعير و كذا مقتضى الروايه المتقدمه حيث قال صلى اللّه عليه و آله انما السعر الى اللّه يرفعه اذا شاء، و يخفضه اذا شاء، و عليه لا يعتنى بما عن المقنعه أنه يسعر عليه بما يراه الحاكم.

و أيضا لا وجه لما ذهب اليه العلامه و ولده و الشهيد انه يسعر عليه فى صوره اجحافه فى أخذ الثمن لنفى الضرر لكونه اجتهادا فى مقابل النص فان المستفاد

منه عدم جواز التسعير مطلقا هذا اولا.

و ثانيا ان الضرر اذا كان موجبا لجواز الاسعار فلا بد ان يلتزم به كلما تحقق عنوان الضرر و لا يختص بالاحتكار.

و ثالثا ان قاعده نفى الضرر لا تشمل ما اذا أقدم احد بنفسه على الضرر فان المشترى اقدم عليه فلا يشمله دليل نفى الضرر.

و رابعا انه معارض مع الضرر الوارد على البائع فان الاسعار ضرر عليه.

---

(۱)- الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳۰) من أبواب آداب التجاره، الحديث (۱).

و خامسا ان دليل الضرر ليس دليلا اثباتيا حتى يدل على جواز الاسعار بل هو ينفى الحكم عن الموضوع الضررى.

و أيضا ظهر مما ذكرنا فساد ما ذهب اليه الميسى و الشهيد الثانى بانه يؤمر بالنزول من دون تسعير جمعا بين النهى عن التسعير، و الجبر بنفى الاضرار لان قاعده الضرر لا تشمل المقام كما عرفت، تم الجزء الثالث من كتابنا المسمى به دراساتنا فى الفقه الجعفرى من الولايه الى الخيارات و يتلوه الجزء الرابع و هو من اول الخيارات بعونه و توفيقه الحمد للّه اولا و آخرا.

الجزء الرابع

[مقدمه المؤلف]

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

الحمد للّه رب العالمين، و الصلاه و السلام على محمد سيد المرسلين، و آله الطيبين الطاهرين، الهداه المعصومين.

أما بعد:

فهذا هو الجزء الرابع من كتابنا الموسوم ب «دراساتنا من الفقه الجعفرى» و هو مجموع الابحاث التى ألقاها علينا سماحه سيدنا الاستاذ المحقق الكبير و الفقيه البصير حاوى الفروع و الاصول جامع المعقول و المنقول حجه الإسلام و المسلمين، آيه اللّه العظمى (الحاج السيد تقى الطباطبائى القمى) دام ظله الوارف، و عنوان هذا الجزء كالجزء السابق كتاب المكاسب لفخر الشيعه و محيى الشريعه شيخنا الانصارى قدس سره الشريف.

و

أسأل اللّه عز شأنه التوفيق و السداد، انه خير موفق و معين..

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۵

[تتمه بحث البیع]

[البحث فی الخیارات]

اشاره

البحث فی الخیارات قوله: الخیار لغه اسم مصدر من الاختیار (۱).

قوله: غلب فی کلمات جماعه من المتأخرین فی ملک فسخ العقد (۲).

[قبل الشروع فی أقسام الخیار ینبغی تقدیم مقدمتین]

[المقدمه الأولی تعریف حقیقه الخیار]

أقول: قبل الشروع فی أقسام الخیار ینبغی تقدیم مقدمتین:

(المقدمه الاولی) تعریف حقیقه الخیار و هو کما أفاده المصنف قدس سره اسم مصدر و مصدره یکون الاختیار من باب الافتعال «۱».

أقول: ان الخیار فی اللغه ملک مطلق الامر أعم من الفسخ و غیره، و هو لا یتحقق الا بعد الدخول فی العمل، فانه یقال: ان للفلانی خیار أن یدخل دار جاره اذا دخل بها، و أما قبل الدخول بها فلا یتحقق الخیار بل له اختیار فی ذلک. و ملخص الکلام ان الخیار بمعناه اللغوی عباره عن طلب الخیر،

---

(۱) أقرب الموارد ماده «خیر» یقال أنت بالخیار أی اختر ما شئت، و اختاره اصطفاه و انتقاه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۶

قوله: و لعل التعبیر بالملک للتنبیه علی ان الخیار من الحقوق لا من الاحکام (۱).

و هذا المفهوم لا یتحقق الا باعمال القدره فی أحد طرفی الامر الاختیاری.

و فی اصطلاح جماعه من المتأخرین کالفخر و من تأخر عنه استعمل فی ملک فسخ العقد حتی بلغ الی حد الحقیقه، و الخیار

بهـذا المعنى مغـاير للخيار بمعناه اللغوى، لأنه لا يتوقف تحققه على الـدخول فى العمل. مثلا يتحقق خيار المجلس و ان لم يعمل بعـد، بخلاف الخيار اللغوى فان تحققه يتوقف على الـدخول فى العمل كما عرفت آنفا. فظهر مما ذكرنا أن نقل الخيار من معناه اللغوى و تغليبه فى معناه الاصطلاحى من باب نقل اللفظ الى مبائنه.

أقول: توضيح كلامه أن التعبير عن الخيار بالملك حيث قالوا «انه ملك العقد» للتنبيه على أن الخيار من الحقوق لا من

الاحكام، فان الحق مرتبه ضعيفه من الملك، بخلاف الحكم فانه لا يرجع الى اعتبار الملكيه للمحكوم له و لا يكون قابلا للنقل و الانتقال و لا للإسقاط و لذا خرج بقيد الملك ما لم تكن فيه جهه الملكيه و هى الاحكام كالإجازه، و الرد لعقد الفضولى و التسلط على فسخ العقود الجائزه من الخيارات الحكميه. و الذى يقتضيه التحقيق أن يقع البحث فى مقامين:

الاول: انه هل يكون فرق بين الحكم و الحق أم لا؟

الثاني: انه على تقدير الفرق بينهما هل يصح اخراج الحكمى عن عنوان الخيار المصطلح أم لا؟

أما المقام الاول فربما يقال- و هو الحق عندنا- بعدم الفرق بين الحكم و الحق، فان هذه الامور كلها اعتباريه و ان اختلفت من حيث الآثار، فكما يصح أن يقال «لى حق أن أبيع دارى» كذلك يصح أن يقال «يجوز لى بيع دارى»

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷

...

و لا فرق بين جواز قتل المشرك الذى يسمى حكما شرعيا و بين سلطنه ولى الدم على قتل القاتل.

و على هذا لا يبقى مجال لما أفاده الشيخ بأن ذكر كلمه «الملك» يخرج الاحكام عن عنوان الخيار لعدم المغايره بين الحق و الحكم على الفرض، و أما على القول بالفرق بينهما- كما قيل ان الحق ما يقبل السقوط بخلاف الحكم فانه لا يقبل شيئا من هذه الامور- فأيضا لا وجه لإخراج الخيار الحكمى عن تحت عنوان الخيار الحقى، لأنه يصح أن يقال: ان الواهب مالك لفسخ العقد و ان الوارث مالك لرد العقد على ما زاد على الثلث و ان العمه و الخاله مالكتان لفسخ العقد على بنت الاخ أو الاخت.

لا يقال: لا نسلم اطلاق الملك فى بعض الموارد لعدم

ترتب آثار الملكيه فيه كعدم قبوله النقل و الانتقال و الاسقاط، و أما الموارد المذكوره فهى من قبيل الاحكام.

لأنا نقول: فليكن كذلك، و لا يجب أن يترتب جميع آثار الملكيه عليها فى جميع الموارد، فان الملكيه فى الاعيان كذلك، فانها ربما لا- تقبل النقل و الانتقال، كأم الولد فانها مملوكه و لكنها لا تقبل النقل و الانتقال، و العين الموقوفه فانها مملوكه للموقوف عليهم و الحال أنها لا تقبل النقل و الانتقال، و كذا الحقوق فان بعضها لا يقبل الاسقاط كحق الحضانه و الابوه و الولايه.

نعم ان بعض الحقوق كحق الشفعه و حق الخيار يقبل الاسقاط.

فتحصل أن الخيار عباره عن ملك فسخ العقد، و لا تخرج منه العقود الجائزه و غيرها لصدق الملك عليها، و أما ترتب جميع آثار الملكيه عليه فلم يقم دليل عليه.

و لكن مع ذلک كله فى النفس شى ء، و هو أنه يختلج بالبال أن يقال: ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۸

قوله: و قد يعرف بأنه ملك اقرار العقد و ازالته (۱).

فى معنى الحق اشرب الملكيه التى هى عباره عن أمر وضعى، و لا يبعد أن يكون هذا المعنى فى جميع موارد الحقوق موجوده، فلا يبعد أن نقول بأن الحق عباره عن أمر وضعى و الحكم عباره عن أمر تكليفى.

أقول: قد ذكروا للخيار تعريفا آخر أيضا، و هو ملك اقرار العقد و ازالته. و استشكل الشيخ قدس سره عليه بأنه ان اريد من اقرار العقد ابقاءه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك، لان القدره على ازالته عين القدره على اقراره، اذ القدره لا تتعلق بأحد الطرفين و الا لم تكن قدره بل كانت اضطرارا.

اضف الى ما ذكره الشيخ أن العدول عن

التعريف الاول ان كان من جهه اخراج الخيار الحكمى فهو غير خارج على هذا التعريف أيضا. هذا اذا كان المراد منه ابقاؤه على حاله.

و ان اريـد من اقرار العقـد الزامه و جعله غير قابل لان يفسـخ، فهو تعريف الشـى ء بنفسه، و هو دور لان مرجع هـذا التعريف الى اسـقاط الخيار فلا يؤخـذ هو فى تعريف الخيار للزوم تعريف الخيار بالخيار و هو دور واضح. مع أن هذا التعريف ينتقض بالخيار المشترك، فان لكل منهما إلزامه من طرفه لا مطلقا، و الظاهر من الالزام جعله لازما مطلقا لجعله فى مقابل الفسخ.

و التحقيق أن يقال: ان المراد من اقرار العقد تثبيته، و لازم ذلك سقوط الخيار، فلم يؤخذ الخيار فى تعريفه حتى يلزم الدور.

و أما الاشكال النقضى الذى ذكره الشيخ فيرد عليه نقضا و حلا:

اما نقضا فبالخيارات المتعـدده لشـخص واحد، كما اذا اجتمع خيار الحيوان و المجلس و العيب مثلا فى مورد واحد، فان اسـقاط واحد من الخيارات كخيار العيب مثلا لا يوجب الزام العقد مطلقا لوجود خيار الحيوان و المجلس، مع أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۹

قوله: ان المستفاد من كلمات جماعه ان الاصل هنا قابل لإراده معان ... (۱).

الظاهر منه الالزام المطلق حيث جعله مقابلا للفسخ، فلا يختص الاشـكال النقضـى للشـيخ قدس سـره بالخيار المشترك بل يجرى فى الخيار المختص أيضا و لا يلتزم به قدس سره.

و أما حلافان تثبيت العقد من ناحيه أحد الشـريكين يلزم من هذه الناحيه و ان كان غير لازم من ناحيه الشـريك الاخر، و كذا فى الخيارات المتعدده، فان اسقاط خيار واحد كخيار العيب مثلا يوجب لزوم العقد من هذه الجهه و لا ينافى أن يكون غير لازم من

ناحیه خیار آخر کخیار الحیوان مثلا.

و الحاصل ان الخیار عباره عن تثبیت العقد و ازالته، و لا یرد علیه شی ء مما سبق

لا یقال: ان تعریف الخیار بتثبیت العقد ینتقض بباب الشفعه، فان الشفیع أیضا له تثبیت العقد و ازالته و الحال أنهما لیس بخیار.

لأنا نقول: ان الشفیع لا یجوز له ازاله العقد، بل له أن ینقل المبیع عن المشتری الی عهده نفسه. کیف مع أن تحقق الشفعه یتوقف علی صحه العقد و مع ازالته لا تتحقق الشفعه کما هو واضح.

[المقدمه الثانیه أن الاصل فی البیع اللزوم]

اشاره

(المقدمه الثانیه) انه ذکر بعض تبعا للعلامه أن الاصل فی البیع اللزوم، لان الشارع وضعه مفیدا لنقل الملک و حصل الملکیه و الاصل بقاؤها، هذا أولا و ثانیا ان العقد موضوع لغرض و هو انما یتم باللزوم لیأمن من نقض صاحبه.

[معانی الأصل]

اشاره

أفاد الشیخ ان الاصل هنا قابل لإراده معان:

الاول: ما ذهب الیه المحقق بأنه یمکن أن یکون المراد منه الغلبه،

بمعنی أنا نری عند التفحص أن غالب أفراد البیوع غیر قابله للانحلال بالفسخ، و یحصل من ذلک الظن بلزوم کافه البیوع، و اذا شک فی لزوم فرد من البیع و جوازه بأن هذا هل هو من قبیل غالب أفراد البیوع حتی یکون لازما أو من قبیل الافراد

...

النادره حتی یکون جائزا یحکم فیه باللزوم أیضا، لان الظن یلحق الشی ء بالاعم الاغلب.

و استشکل علیه الشیخ قدس سره أنه ما المراد من الغلبه، فانه ان أراد منها غلبه الافراد فغالبها ینعقد جائزا لأجل خیار المجلس أو الحیوان أو الشرط، و ان اراد غلبه الازمان- بأن یکون زمان لزوم العقد أغلب من زمان جوازه- فان جواز العقد فی الحیوان مثلا ثلاثه أیام.

و أما لزومه يكون الى يوم القيامه، ففيه: أولا لا تنفع فى الافراد المشكوكه و ثانيا ان غلبه الازمان لا تناسب مع تعبير العلامه فى القواعد حيث قال «و انما يخرج من الاصل لأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب»، فان خروج فردى ثبوت خيار و ظهور عيب يدل على أن المستثنى هو الافراد، و لو كان الخروج زمانيا لكان المناسب أن يقول العلامه قدس سره «انما يخرج عن الاصل زمانان زمان ثبوت الخيار، و زمان ظهور العيب».

و ثالثا انا لو اغمضنا عن ذلك و قلنا ان المراد ثبوت اللزوم لأفراد البيع فى غالب زمانه و سلمنا حصول الظن من هذه الغلبه فى فرد شك فى لزومه، و لكن نقول: لا دليل على حجيه الغلبه، فغايه ما يقال انها توجب الظن، و هو لا يغنى عن الحق شيئا.

الثانى: من معانى الاصل هى القاعده المستفاده عن العمومات،

فان مقتضاها لزوم العقد.

و الجواب عنه: انه ان أريد من العمومات الادله اللفظيه كقوله تعالى

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» [المائده: ١] «وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» [البقره: ٢٧٤] و نظائرهما فان مقتضى العمومات و ان كان ذلك الا أن هذا التمسك بالعموم لا بالاصل،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ١١

...

و الحال أن كلامنا يكون فى مقتضى الاصل الاولى فى البيع لا فى مقتضى العمومات كما هو واضح.

الثالث من معانى الاصل الاستصحاب

و مرجعه استصحاب عدم ارتفاع اثر العقد بمجرد فسخ أحدهما.

أقول: ان الكلام فى صحه هذا الاستصحاب و عدمها سيجى ء فانتظر.

الرابع من معانى الاصل معناه اللغوى،

بمعنى أن مقتضى طبع البيع عرفا و شرعا على اللزوم، فان جعل الخيار فيه حق خارجى يحتاج الى دليل، كما أن كل جسم مستدير بحسب طبعه الا أن يمنع عنه قاصر خارجى.

و الجواب عنه ان قياس الامر الاعتبارى بالامر الخارجى قياس مع الفارق لان الجسم الخارجى بحسب اقتضاء طبعه يحصل له النمو من جميع أطرافه الاربعه فتحصل له الصوره المستديره، و أما البيع فليس أمرا تكوينيا حتى يقال بأن الاصل فيه يقتضى كذا، بل هو أمر اعتبارى تابع لاعتبار الشارع، فان حكم الشارع بحسب المصالح الواقعيه فيه بانتفاء الملكيه بعد الفسخ يكون البيع جائزا، و ان حكم على بقائها بعد الفسخ يكون البيع لازما.

و الحاصل ان القول بلزوم البيع بحسب اقتضاء طبعه لا يرجع الى محصل بل هو تابع فى لزومه و جوازه للأدله الشرعيه، فان دليله اما الدليل اللفظى كقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و اما من الاصل العملى أعنى الاستصحاب، و حيث ان مع وجود الدليل لا تصل النوبه الى الاصل العملى نقدم البحث عن الدليل و نبحث عن دلالته الى الاصل العملى على لزوم البيع و عدمه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ١٢

(الكلام فى الادله التى استدل بها على لزوم البيع)

منها- قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»،

اشاره

و المراد من العقد اما العهد الوثيق كما صرح به بعض أهل اللغه و اما العهد المطلق كما صرح به بعض آخر منهم أيضا، و به فسر أيضا فی صحیحه ابن سنان المرویه عن المعصوم فی تفسیر علی ابن ابراهیم ج ۱ ص ۱۶۰.

و قال الطریحی فی مجمع البحرین: ان العقد أعم من العهد، فان کل عهد عقد و لیس کل عقد بعهد.

و أنت خبیر بأن الامر فی ذلک علی العکس، فان کل عقد عهد و لیس کل عهد عقدا،

و كأن هذا سهو من القلم و الوفاء عباره عن الاتمام، الدرهم الوافى أى التام، و ايفاء الكيل اعطاؤه تاما.

فتدل هذه الايه على وجوب الوفاء بجميع العقود، فاذا دل العقد مثلا على تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما اقتضاه العقد من ترتيب آثار ملك المشترى على ما انتقل اليه بالعقد، فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد، فهو حرام حتى بعد إنشاء الفسخ، لشمول اطلاق الايه لما بعد الفسخ أيضا، فيستدل بالحكم التكليفى- أعنى حرمه نقض مقتضى العقد منها التصرفات الواقعه بعد فسخ المتصرف من دون رضا صاحبه- على الحكم الوضعى- أعنى فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر- و هو معنى اللزوم.

و أورد على هذا التقريب بوجوه:

(الاول) ما ذهب اليه العلامه فى المختلف

بأن الوفاء بالعقد هو العمل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۳

...

بمقتضاه، فان كان لازما كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم و ان كان جائزا كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجوار، فلا يمكن الاستدلال بالآيه على اللزوم.

و يرد عليه أولا: ان الزوم و الجواز ليسا من مقتضيات العقد حتى يرد ما قيل، بل انهما حكمان شرعيان، فان الشارع قد يحكم بعدم انفساخ العقد بعد إنشاء الفسخ فيكون العقد لازما، و قد يحكم بانفساخه بعد ذلك فيكون العقد جائزا.

و ثانيا: انا لا نتصور معنى للوفاء على سبيل الجواز، فان وجوب الوفاء بالعقود هو اللزوم كما بيناه آنفا.

(الوجه الثانى) أن ابقاء الملكيه على حالها و عدم ابقائها ليس مقدورا للمكلف حتى يتوجه عليه دليل وجوب الوفاء بل انما هو بيد الشارع.

و الجواب عنه: ان معنى وجوب الوفاء بالعقود ليس ابقاء الملكيه حتى لا يكون مقدورا للمكلف، بل معناه هو الجرى عملا على طبق العهد بماله من الآثار، و ترتيب آثاره عليه من عدم جواز التصرف بدون اذنه.

ان قلت: لا تنافى بين وجوب الوفاء بالعقد و التصرف الخارجى حتى يدل عدم جواز التصرف على اللزوم، لأنه يمكن أن يتصرف فيه عدوانا.

قلت: ان البائع لو تصرف فيما انتقل الى المشترى بعنوان أنه ملك له فهذا ينافى لوجوب الوفاء كما لا يخفى، و لكنه لو تصرف عدوانا بعنوان أنه غاصب فهو اعترف بكون التصرف فيه ملكا للغير، و لم يؤثر إنشاء فسخه فيه و لا نعنى من اللزوم الا هذا.

(الوجه الثالث) ما أورده صاحب الكفايه قدس سره

بأنه يمكن منع دلاله

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۴

...

الايه على اللزوم فيما اذا شك فى تأثير الفسخ، اذ مع الشك فيه يكون التمسك بالآيه من باب التمسك بالعموم أو الاطلاق فى الشبهه المصداقيه.

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظله ان الشك فى بقاء العقد و عدمه مبتن على كون العقد قابلا للبقاء، و لكنه ليس كذلك لكونه أمرا انصراميا فلا يقبل البقاء و الدوام، و عليه فلا نشك فى بقاء العقد و عدمه، بل نقطع عدم بقائه لما ذكرناه.

و فيه: ان هذا الجواب من الاستاذ لا يدفع الاشكال و لا يمكن المساعده عليه أصلا، لأنه على ما ذكره لا يمكن الاستدلال بهذه الايه و لو فى صوره عدم إنشاء الفسخ، لان المفروض أن العقد أمر انصرامى و ليس له بقاء و دوام فلا يقبل الوفاء.

هذا و لا و ثانيا انا لا نسلم كون العقد أمرا انصراميا بحيث لا يقبل الوفاء، بل ان له بقاء و دواما فى

وعاء الاعتبار، فیکون باقیا ما لم یعدم بانشاء الفسخ.

فالحق فی الجواب عن صاحب الکفایه قدس سره أن یقال: انا نحرز بقاء العقد بالاستصحاب فیشمله دلیل وجوب الوفاء. نعم علی مسلک عدم جریان الاستصحاب فی الاحکام الکلیه الالهیه- و هو المسلک المنصور- لا یحرز بقاء العقد الا أنه یکون جوابا جدلیا.

و أما الجواب التحقیقی فهو أن یقال: ان الوفاء کما بیناه عباره عن الاتمام فالامر بالوفاء یرجع الی النهی عن الفسخ، و من الظاهر أن الفسخ لیس حراما فیکون قوله «أوفوا» ارشادا الی اللزوم، و علیه لا یبقی مجال لهذا الاشکال.

فاغتنم.

و منها قوله تعالی «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ»،

بتقریب أن حلیه البیع التی لا یراد منها الا حلیه جمیع التصرفات المترتب علیه التی منها ما یقع بعد فسخ أحد المتبایعین بغیر رضا الاخر، مستلزمه لعدم تأثیر ذلک الفسخ، و هو معنی اللزوم

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۵

...

اذ لو لم یکن البیع لازما لکان منحلا بالفسخ و رجع المبیع الی ملک الفاسخ و صار تصرف المشتری مثلا تصرفا فی ملک الفاسخ، و هو غیر جائز. و بعباره أخری: یکون التصرف لمن انتقل الیه جائزا حتی بعد الفسخ.

و استشکل علیه سیدنا الاستاذ دام ظله بأن هذه الایه لا تدل الا علی مجرد حلیه البیع بمعنی التملیک و التملک، توضیحه: أن قوله «أَحَلَّ» ان کان متعلقه من الافعال الخارجیه کقوله «أحل اللّه شرب الماء» مثلا یدل علی الحکم التکلیفی، و أما اذا کان متعلقه عقد من العقود یدل علی الحکم الوضعی، فعلی کلا التقدیرین- أی سواء کان المستفاد من الایه الحکم التکلیفی أو الوضعی- لا تدل علی اللزوم. اما علی القول بأن المستفاد منها الحکم الوضعی، فغایه ما یستفاد منها فی المقام حصول الملکیه بالبیع

فتكون الايه دليل صحه البيع، و أما على القول بظهور الايه فى الحكم التكليفى كما هو ظاهر بقرينه قوله «حَرَّمَ الرِّبٰا» يكون المراد من حليه البيع حليه التصرفات المتفرعه على البيع، و هو لا يدل على اللزوم.

و يرد عليه أولا لنا أن نختار الشق الاول و نقول: ان الايه تدل على الحكم الوضعى، و مع ذلك يستفاد منه اللزوم.

توضيحه: ان البائع المتوجه حين كتابه مثلا بما أن الأعمال فى الواقعيات محال اما يجعل الخيار لنفسه أم لا، و الأول خارج عن المبحث، و الثانى اما يملكه على النحو الموقت- بأن يجعله ملكا للمشترى سنه أو سنتين- أو الى حين الفسخ أو يجعله ملكا له حتى بعد إنشاء الفسخ، و الاول أيضا خارج عن المبحث لخروج البيع الخيارى عن محل الكلام، فيبقى القسم الاخير و هو جعله ملكا للمشترى حتى بعد إنشاء الفسخ، فيشمله دليل الحل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۶

...

و لنا أن نختار الشق الثانى بأن تدل الايه على الحكم التكليفى، و هى حليه التصرف لكل من المتبايعين فيما انتقل اليه بالبيع حتى بعد إنشاء الفسخ، فيستكشف من حليه التصرف لزوم البيع و هو المطلوب.

و منها- قوله تعالى «إِلّٰا أَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ»

«۱» و هذه الايه تدل على المطلوب سواء قلنا بأن المستفاد منها الحكم التكليفى أو الوضعى، و التقريب هو التقريب فلا نعيد.

ان قلت: لا يمكن التمسك بآيه تجاره عن تراض لعدم انعقاد الاطلاق له كى يتمسك باطلاقه.

قلت: أولاـ يمكن النقض بما اذا شك فى صحته من ناحيه أخرى، كما لو شك فى صحته من ناحيه ايقاعه بغير اللغه العربيه، و كذا لو شك فى صحته من ناحيه تقديم القبول على الايجاب هل يلتزم المستشكل بعدم جواز التمسك باطلاق قوله

«إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ»، کیف و الحال أن التمسک بالآیه لدفع هذه الاحتمالات کالنار علی المنار.

و ثانیا: انه لا وجه لعدم التمسک باطلاق، و احتمال عدم کون المتکلم فی مقام البیان مندفع باجراء أصاله البیان فیما اذا شک فیه، و لو لم یکن ذلک لانسد باب التمسک بالاطلاقات. و ان شئت قلت: ان أصاله البیان فی مورد الشک هی الاصل العقلائی فی باب الظواهر.

هذا اذا کان المستفاد من الایه الحکم التکلیفی، و أما اذا کانت الایه ظاهره فی الحکم الوضعی فیکون المراد من الاکل فی الایه هو التملک، فیکون

---

(۱) سوره النساء الایه (۳۳).

...

معنی الایه ان التجاره عن تراض سبب للتملک، فهی باطلاقها تشمل تصرف المفسوخ علیه فیما بیده بعد فسخ الفاسخ أیضا.

و أورد الشیخ قدس سره علی الاستدلال بالآیتین الاخیرتین بأنه لا یتم الاستدلال باطلاقهما الا ببرکه استصحاب بقاء الموضوع.

و بعباره أخری: ان موضوع الآیتین و مصب اطلاقهما هو البیع و التجاره، و بقاء هذین العنوانین بعد إنشاء الفسخ غیر معلوم، فلا جرم یحتاج احراز الموضوع الی الاستصحاب کی یصح التمسک باطلاقهما.

و یرد علیه أولا: أن هذا الاشکال علی تقدیر تسلیمه وارد علی الآیات الثلاث و لا یختص بالآیتین الاخیرتین، و ثانیا انه لا وجه لأصل الاشکال، فان مقتضی الاطلاق عدم تأثیر الفسخ و لا تصل النوبه الی الاستصحاب.

و أما ما أورده السید الیزدی قدس سره علی الاستدلال بالآیتین بأن آیه حلیه الاکل بالتجاره متعرضه لحال التصرفات فان مفادها جواز الاکل بالتجاره و لا اطلاق فیها بل هی فی مقام بیان أن الاکل بالتجاره حلال فی مقابل الاکل بالباطل من غیر نظر الی بیان مده الحلیه، و

كـذا «أَحَـلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» لاـ دلاـله لها الاعلى مجرد حليه البيع بمعنى التمليك و التملك و لا تعرض فيها لحليه التصـرفات بعـد البيع حتى تشمل باطلاقها ما بعد الفسخ. (فمدفوع) بما ذكرنا بأن الاطلاق يحرز و لو ببركه أصاله البيان الجاريه بين العقلاء، و ثانيا انه لا يمكن التمسك بالاستصحاب فى المقام لعدم جريانه فى الشبهات الحكميه الالهيه.

و للمحقق النائينى كلام فى المقام، فانه قدس سره وجه كلام الشيخ، و حاصله ان الحكم ليس له اطلاق بالنسبه الى نفسه فكيف يكون ناظرا الى رافعه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۸

...

و بعباره أخرى: الاطلاق يتصور بالنسبه الى الحالات السابقه على الحكم لا بالنسبه الى الحالات اللاحقه عليه فضلا عن رافعه، فلو شـك فى تأثير الفسـخ لا يمكن أن يؤخـذ بالاطلاق، لأنه فى قوه أن يقال: مقتضـى الاطلاق بقاء الحكم حتى مع وجود رافعه، و هذا أمر غير معقول.

و فيه: أولا انه لا وجه لاختصاص الاشـكال على فرض صـحته بالآيتين، بل يتوجه على الاسـتدلال بالآيات الثلاث، و ثانيا أن هـذا البيان من أصله غير صحيح، فانه ليس المراد من الاطلاق، الاطلاق بالنسبه الى رافع الحكم، بل معناه تحقق الفسخ و عدمه، و من تحقق الاطلاـق بعـد الفسـخ يعلم أن العقـد لاـزم، و من الظـاهر أن الفسـخ أمر يلحق العقـد أعم من أن يكون مشـروعا فى عـالم التشريع أم لا.

و ان شئت قلت: ان الفسخ و عدمه ليسا من الامور المتأخره بل من التقسيمات الاوليه، فلا مانع من شمول الاطلاق لهما.

(و منها) قوله تعالى: «وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ»

[النساء: ۳۳].

و يمكن أن يستدل به بوجهين: تاره مع ضم المستثنى الى المستثنى منه أى يستدل بمجموع الايه، و أخرى بدون ضم المستثنى.

أما على الاول فتصدى الاستاذ

دام ظله فی مقـام تقریب الاسـتدلال بالآیه بأن الاسـتثناء ظاهر فی المتصل ما لـم یقم دلیل علی خلافه، و أما المنفصل فهو خلاف الظـاهر مـا لم یصـر الیه الاـ بـدلیل. و المراد من الاکـل فی الایه کنایه عن التملک فیکون اسـتثناء صوره وقوع التجاره عن تراض دلیلا علی أنه لا یجوز التملک بسـبب الباطل لأنه باطل، و یجوز التملک بسـبب التجاره عن تراض فانها من الاسـباب المملکه، و من المعلوم ان الفسخ لیس من تجاره عن تراض فیدخل فی ربقه

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۹

...

الاسباب الباطله فلا یجوز التملک بها.

و یرد علیه: ان الاسـتثناء فی الایه ظاهر فی المنفصل کما هو واضح، الا أن ذلک لا یمنع عن الاستدلال بالآیه، فانها تدل علی أن حصول الملک تنحصـر بالتجاره عن تراض، و انما التملک یحصل بها فقط لا بغیرها من الاسـباب الباطله و الـدلیل علی المدعی الظهور العرفی، فانه یفهم من الایه أن الشارع فی تمام حصر سبب التملک، فلا یکون انفصال الاستثناء مخلا بالاستدلال.

و أما علی الثانی- و هو الاستدلال بالآیه بلا ضم المستثنی منه- فنقول:

ان المراد من الاکـل هو التصـرف المعـاملی، فتـدل الاـیه علی حرمه الاکـل بکل وجه یسـمی باطلا عرفا، فلا بـد أن یکون تعیین المصـداق موکولاـ الی نظر العرف. و مـا نحن فیه یکون من مصادیق الباطل عنـد العرف، فان أخـذ مال المفسوخ علیه بعـد لزوم البیع بمجرد إنشاء الفسخ باطل عرفا فیکون حراما شرعا.

أفاد سـیدنا الاسـتاذ دام ظله انه لا یمکن التمسک بالآیه للزوم البیع، لأنا اذا شـککنا أن الفسخ سبب باطل لا یمکن الحکم بکونه باطلا فانه من الشبهه المصداقیه.

و یرد علیه: ان الباطل أمر عرفی و لیس أمرا

واقعيا يقع متعلق الشك، فلا مجال لهذا الاشكال.

و (منها) قوله عليه السلام «لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه» «۱».

و يمكن أن يستدل به على اللزوم بوجوه:

(الاول) أن مطلق التصرف فى مال الغير حرام حتى التصرف بالفسخ،

---

(۱) الوسائل الجزء (۳) الباب (۳) من ابواب مكان المصلى، المستدرك ج (۱) الصفحه ۲۲۲، الاحتجاج الجزء (۲) الصفحه ۲۹۹.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰

...

فيكون الفسخ مورد النهى الشرعى، فلا يكون مؤثرا.

و فيه: اولا ان العرف لا يفهم من التصرف الا ما يكون تصرفا خارجيا.

و ثانيا ان التصرف الاعتبارى لو فرض كونه محرما لا يستلزم الفساد الوضعى.

(الثانى) أن يكون المراد من الحليه اعم من الوضع و التكليف،

فلو كان التصرف فى المال تصرفا خارجيا يكون حراما تكليفيا و لو كان اعتباريا يكون حراما وضعيا فلا يكون الفسخ مؤثرا.

و فيه: انه خلاف المتفاهم العرفى، و ان شئت قلت: انه من استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد، و لا يصار اليه الا بالدليل.

(الثالث) أن يكون المراد من التصرف التصرف الخارجى،

و من حرمه التصرف الخارجى التكليفى حتى بعد الفسخ يفهم اللزوم، اذ لو لم يكن لازما لم يكن وجه لحرمه التصرف فانه يصير مالا له بالفسخ.

و فيه: ان بقاء العنوان- و هو كون المال مال الغير حتى بعد الفسخ- أول الكلام، فلا مجال لهذا الاستدلال.

(و منها) قوله صلى اللّه عليه و آله «الناس مسلطون على أموالهم»

«۱» بتقريب ان مقتضى كون الشخص سلطانا على ماله عدم جواز ايجاد المزاحمه له، فان فسخ البيع بلا رضى الطرف مناف لقاعده السلطه و هو غير جائز، و لا نعنى من اللزوم الا هذا.

و يرد عليه: أولا ان الروايه ضعيفه سندا، فان الخبر المذكور مرسل فلا يعتمد عليه، و عمل المشهور على تقدير تسليم استناد عملهم بهذا الخبر غير جابر كما بينا تفصيله فى محله، و ثانيا بأن المستفاد من الروايه انما هى سلطه الناس

---

(۱) بحار الأنوار الجزء (۲) الصفحه (۲۷۲).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱

...

على أموالهم، فلا يجوز للغير أن يتصرف فى مال الشخص، و أما الفسخ فليس تصرفا فى المال حتى يكون خلاف السلطنه، بل انه تصرف فى العقد و حل له، و عليه فالروايه أجنبيه عن المقام.

ان قلت: ان الفسخ و ان كان حل العقد و ليس هو تصرفا الا أن الفاسخ يتصرف فى ذلك بعد فسخه.

قلت: ان التصرف بعد الفسخ كونه مصداقا للتصرف فى مال الغير أول الكلام يحتمل أن يكون الفسخ مؤثرا فيكون تصرفه فى مال نفسه. و لكن مع هذا كله فى النفس شى ء، و هو أنه اذا سلمنا سند الروايه و قلنا بأنه ينجبر بعمل المشهور فلقائل أن يقول: ان مقتضى سلطنه الناس على أموالهم عدم جواز اخراجه عن يده بالفسخ و غيره.

(و منها) قوله صلى اللّه عليه و آله «المؤمنون عند شروطهم»

«۱» و فى بعض الروايات «المسلمون عند شروطهم» «۲».

بتقريب أن الشرط عباره عن مطلق الالزام و الالتزام و لو ابتداء من غير ربط بعقد آخر، فان العقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده حتى فيما بعد إنشاء الفسخ، فيستكشف منه لزوم العقد و عدم انحلاله بالفسخ.

و يرد عليه: ان الشرط بمعنى الربط بين شيئين

«۳» و الالتزام فی ضمن العقد كما فی اللغه و العرف، و من هذا الباب يطلق الشريط الدارج فی لسان أهل

---

(۱) التهذيب، الجزء (۲) الصفحه (۲۱۹) و الاستبصار الجزء (۳) الصفحه (۲۳۲) الوافی، الجزء (۱۲) ص ۸۰.

(۲) الوافی الجزء (۱۰) الصفحه (۶۸) الجزء (۱) ص ۸۰، الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۶) من أبواب الخيار الحديث ۱- ۲- ۵.

(۳) انظر الی القاموس و أقرب الموارد ماده «شرط».

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۲

...

العرف حيث يراد منه ما عقد بين الشيئين، فلا يشمل للشروط الابتدائيه، فهی خارجه عن معنی الشرط موضوعا.

ان قلت: لا نسلم اختصاص الشرط بالشروط الضمنيه فقط، بل هو يصدق علی الشروط الابتدائيه أيضا، كما يظهر ذلک من موارد استعمالاته، مثل قوله «الشرط فی الحيوان ثلاثه» و قوله «يا رب شرطی الا أعود فی مكروهک» و غير ذلک من موارد الاستعمالات.

قلت: ان استعمال الشرط فی الشروط الابتدائيه مسلم و لا ينكره أحد، الا انا نقول: ان الاستعمال لا يدل علی الحقيقه بل هو أعم من الحقيقه و المجاز.

فتحصل أن الشرط لا يصدق علی الشروط الابتدائيه و لا أقل من الشک فيه المانع من الاستدلال بدليل المؤمنون.

و ثانيا: ان المستفاد من الشرط جعل الشارط امرا علی عهده المشروط عليه.

ان قلت: ليس الامر كذلک فی شرط النتيجه.

قلت: الامر كذلک هناک أيضا، غايه الامر المشروط عليه يأتی بما علی عاتقه فی شرط النتيجه بنفس العقد فلاحظ.

و أما التمليک فی البيع فيتحقق بنفس المعامله و لا يجعل الشارط شيئا علی عاتق المشروط عليه، لكن يرجع هذا الاشكال الی انكار صدق الشرط علی العقد.

و ثالثا: سلمنا انه جعل علی عاتقه أن لا يفسخ و يترتب عليه ان الفسخ حرام عليه

لكن الحرمه التكليفيه لا تستلزم الفساد الوضعى.

و أما ما أفاده المحقق الايروانى بأن الجمله المذكوره ليست ظاهره فى أزيد من رجحان الكون عند الشرط الذى هو كنايه عن القيام و الوفاء به، كما يشهد به

...

أخذ عنوان المؤمن فى الموضوع، و هذا يكون نظير قوله «المؤمن اذا وعد وفى» فانها جمله خبريه تخبر عما يقتضيه الايمان و يؤثر فيه، و فيها تنبيه على رجحان تلك الآثار.

فيرد عليه: ان الظاهر المستفاد منها هو إنشاء الحكم الشرعى كما هو المتناسب لمقام الشارع، فان كونه فى مقام الاخبار عن الخارج خلاف الظاهر، و لذا قد حققنا فى محله أن المستفاد من أدله الوفاء بالوعد هو الوجوب، مضافا الى أنه ذكر فى بعض الروايات بصيغه الامر كما فى روايه «۱» غياث بن كلوب، لكن الروايه ضعيفه.

(و منها) ما ورد فى خيار المجلس الدال على لزوم البيع من حين الافتراق

كقوله صلى اللّه عليه و آله «البيعان بالخيار حتى يفترقا ... » «۲».

بتقريب أن البيع يكون لازما بعدم الافتراق و لا خيار لهما حتى بعد إنشاء الفسخ كما هو مقتضى الاطلاق.

ان قلت: ان الروايات المذكوره ناظره الى لزوم البيع بعد الافتراق من ناحيه خيار المجلس، و بعباره أخرى: ان المستفاد منها هو الحكم الحيثى أى يكون لازما من حيث خيار المجلس فلا يؤثر اعمال خيار المجلس بعد الافتراق، و أما ثبوت الخيار من نواحى أخرى و عدمه فالروايات أجنبيه عنه.

قلت: ان المستفاد من الروايات المذكوره هو لزوم البيع بعد الافتراق على اطلاقه، و حملها على الحكم الحيثى خلاف الظاهر كما هو الميزان فى جميع الابواب.

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۶) من أبواب الخيار، الحديث (۵).

(۲) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من أبواب الخيار، الحديث (۳).

(و منها) استصحاب الملكيه الثابته للمفسوخ عليه قبل الفسخ،

الا أنه لا يمكن الالتزام به فى المقام، لان الاستصحاب الجارى فى الشبهات الحكميه الكليه معارض مع الاستصحاب الجارى فى ناحيه الجعل.

ان قلت: لا نسلم ابتلاء الاستصحاب بالمعارض فى المقام، بل انه ابتلى بالاصل الحاكم، و هو الاصل السببى، و ذلك أن الشك فى بقاء الملكيه و عدمه مسبب عن الشك فى تأثير الفسخ و عدمه، فمع الاصل الجارى فى ناحيه السبب- و هو أصاله عدم تأثير الفسخ- لا تصل النوبه الى الاصل المسببى أعنى استصحاب بقاء الملكيه.

قلت: يرد عليه أولا- أن المستدل لا بد أن يلتزم بعدم جريان الاستصحاب فى الكلى مطلقا، فانه لو شك فى بقاء وجوب صلاه الجمعه فى زمان الغيبه يكون الشك ناشئا من أن الغيبه رافعه للوجوب أم لا، و لا يلتزم بهذا اللازم.

و ثانيا: ان اطلاق السبب و المسبب على الاحكام الشرعيه انما هو من باب الاصطلاح و الا ليس سبب فى الواقع و لا مسبب بل الموجود حكم و موضوع، فالشك فى تأثير الفسخ شك فى سعه جعل الملكيه لزيد مثلا و ضيقه بأن الشارع جعل الملكيه حتى بعد إنشاء الفسخ او الى إنشائه، فاستصحاب المجعول معارض مع استصحاب عدم الجعل كما عرفت.

ان قلت: ان الشك فى بقاء الملكيه مسبب عن الشك فى انقطاع علاقه الملكيه للفاسخ و عدمه، و الاصل الجارى فى السبب مقدم عليه.

قلت: ان كان المراد من بقاء العلاقه، علاقه الملكيه أو بقاء ما يترتب على الملكيه فهو مقطوع الانتفاء، و ان كان المراد من بقاء العلاقه علاقه حادثه فهو مشكوك الحدوث و محكوم بالعدم، و ان كان المراد من العلاقه العلاقه الموجوده

...

فى مجلس العقد- أى

علاقه الفسخ- فيرد عليه: أولا- انه لا- يجرى فيما لا خيار كما لو شرط عدمه، و ثانيا ان المرجع عموم وجوب الوفاء لا الاصل العملى، و ثالثا أنه لا مجال لهذا التوهم بعد دلاله دليل خيار المجلس على انقطاع العلقه بالافتراق.

و ربما يرد على الاستصحاب بوجه آخر، و هو أن الملكيه ذات مراتب فمرتبه ضعيفه و مرتبه قويه، كالإعراض فان لها مرتبه ضعيفه و مرتبه قويه، و ان المتيقن من زوال الملك من الفاسخ بالعقد هو انتقال مرتبه قويه من الملك، و أما المرتبه الضعيفه منها- أعنى حق الاسترداد بانشاء الفسخ- مشكوك فيه، فيجرى استصحاب الملكيه فى مرتبه ضعيفه.

قلت: أولا انا لا نسلم أن الملكيه ذات مراتب، بل لا يتصور لها الا مرتبه واحده، فانها أمر اعتبارى بسيط لا تقبل الشده و الضعف.

و ثانيا: انا لو سلمنا أن الملكيه الاعتباريه ذات مراتب و تقبل الشده و الضعف الا أن الملكيه الضعيفه فرد مستقل بوجودها فى قبال الملكيه القويه، فانتقال الملكيه القويه بالعقد غير مشكوك، فانها انتقلت من العاقد بعقده، و أما المرتبه الضعيفه- أعنى حق الاسترداد- نحتمل أن يوجد مقارنا لذهاب المرتبه القويه، فهو من قبيل القسم الثالث من الاستصحاب الكلى الذى لا دليل عليه.

و ثالثا: ان استصحاب الملكيه بما هى لا يثبت الخيار، فانه يمكن أن يترتب عليه الخيار، و مجرد الامكان لا أثر له كما هو ظاهر. اللهم الا أن يقال بأنه لو سلم ثبوت الملكيه بهذه المرتبه و سلمنا بأنه لا أثر لها إلا ثبوت الخيار، فلا مجال لهذا الاشكال الاخير، اذ معناه أن الملكيه المستصحبه موضوع للخيار و اثبات الموضوع بالاصل يترتب عليه الحكم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶

...

و رابعا:

ان المقام ليس مقام التمسك بالاستصحاب مع وجود الدليل الحاكم و هو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فان المقام داخل فى النزاع المعروف، و هو أن عموم العام مقدم أو الدليل المخصص، و قد حققنا فى محله أن عموم العام مقدم.

توضيح ذلك: ان المستفاد من دليل الوفاء لزوم العقد مطلقا، و انما خرج عنه ما لم يفترق المتبايعان، فاذا شك بعد الافتراق فى جوازه و لزومه يؤخذ بعموم العام و يحكم بلزومه.

ان قلت: ان جواز التمسك بدليل وجوب الوفاء يتوقف على كون عموم دليل اللزوم عموما زمانيا، و الحال أن المستفاد منه العام المجموعى.

قلت: ان الشبهه المذكوره ترد على تقدير ورود المخصص بعد العام، و أما اذا ورد المخصص فى أول أزمنه انعقاد العقد و خرج فرد واحد من تحته- و هو زمن عدم الافتراق عن المجلس- فالعام باق على حاله. هذا أولا و ثانيا انا بينا فى موضعه و حققنا أن عموم العام مقدم على دليل المخصص، سواء كان استغراقيا أو مجموعيا.

و يمكن أن يقرب استصحاب الخيار بوجهين آخرين:

أحدهما: انا نحتمل أن يكون المقارن لخيار المجلس خيار آخر، فنستصحب بقاء الخيار الكلى بعد انقضائه.

و فيه: ان هذا الاستصحاب من الاستصحاب القسم الثالث من الكلى الذى يعتبر عند الشيخ قدس سره، و أما على ما سلكناه فليس الاستصحاب جاريا فيه لان خيار المجلس مرتفع قطعا و غيره مشكوك حدوثا، أضف الى ذلك كله أن استصحاب الخيار معارض مع استصحاب عدم الجعل.

ثانيهما: ان خيار المجلس أمر واحد، و نحتمل أن يكون له سبب متعدد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۷

قوله: ثم انه يظهر من المختلف فى مسأله أن المسابقه لازمه او جائزه ان الاصل عدم اللزوم ... (۱)

و مع

هذا الاحتمال أى مانع لاستصحاب الخيار الشخصى الموجود فى المجلس.

و يرد عليه: أن مقتضى انتفاء الخيار بانتفاء المجلس زوال الشخص و ارتفاعه فلا مجال لهذا التوهم، مضافا الى أنه معارض كما مر آنفا.

[ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشه فيه]

أقول: حاصل كلامه بتوضيح منا أن المستفاد من كلام العلامه فى مسأله المسابقه أن الاصل هو الجواز فيما لو شك فى لزوم العقد و جوازه.

و أورد عليه من تأخر عنه: بأن المستفاد من قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» اللزوم و ما زادوا عليه شيئا، و لكنا نقول: لو لا دليل وجوب الوفاء أيضا لكان قول العلامه مخدوشا لعدم وجه صحيح لتقرير هذا الاصل. نعم هذا الاصل جار فى خصوص المسابقه و شبهها، لأنها لا تتضمن تمليكا و تسليطا قبل حصول المعلق عليه حتى يستصحب بقاء ذلك الاثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين.

توضيحه: ان العقود التى لها آثار فعليه يتمسك لا ثبات اللزوم باستصحاب بقاء تلك الآثار الفعليه، و أما العقود التى ليس لها آثار فعليه بل لها آثار تعليقيه كالوصيه و التدبير و السبق و الرمايه فانه لا يترتب على هذه العقود و الايقاعات أثر فعلا، فلا يجرى الاستصحاب لإثبات اللزوم. هذا تمام كلامه.

و يمكن أن يورد عليه بوجهين:

الاول- انه قدس سره التزم بجريان الاستصحاب التعليقى، مع أن المقام من هذا القبيل، بأن يقال لو كان السبق حاصلا لم يكن الفسخ مؤثرا فى العقد و كذا الحال بعد الفسخ قبل تحقق السبق، و لا فرق بين المقامين.

الوجه الثانى- ما أورده الآخوند و الميرزا و السيد اليزدى و سيدنا الاستاذ أن الاستصحاب يجرى فى العقود التعليقيه و لو مع الالتزام بالاصل التعليقى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸

...

توضيحه: ان الاحكام المجعوله من الشارع تكون

على نحو القضيه الحقيقيه، و من المعلوم أن القضايا الحقيقيه مقدره الوجود، و يتضح ذلك فى قوله تعالى «وَ لِلّهِ عَلَى النّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا» فمرتبه الجعل تامه، فان الحكم الوجود جعل على المستطيع و ان لم يوجد المستطيع خارجا الى يوم الدين.

نعم ان فعليه الحكم متوقفه على وجود الموضوع، و هو مطلب آخر. فلو شككنا أن هذا الحكم المجعول ارتفع عن موضوعه أم لا فالاصل بقاؤه، و كذلك المقام فان الالتزام بمفاد العقد من المتعاقدين قد وقع فى الخارج و أمضاه الشارع فاذا شك فى بقائه و ارتفاعه بفسخ أحد المتبايعين فالاصل بقاؤه. و بالجمله الفسخ فى العقود نظير الفسخ فى التكاليف، و قد ذكرنا أنه لا مانع من جريانه فى الفسخ. هذا بخلاف الاستصحاب التعليقى، فان المانع الموجود فيه أن الحكم التعليقى الذى يكون فى مرحله الجعل فهو يقينى البقاء و لا يحتاج الى الاستصحاب، اذ ليس الشك فى نسخ الحكم الشرعى. و أما الحكم الفعلى فلم يتحقق فى الخارج بعد، و أما فى المقام فالشك فى الحكم الشرعى بأن نقول ان عقد المسابقه له أثر، و الاصل بقاء هذا الحكم.

و الحق أن هذا الاشكال غير وارد على الشيخ، فان المقام داخل فى الاستصحاب التعليقى، و لا نجد فرقا بين المقام و بين الشك فى الحرمه فى العصير الزبيبى.

و التحقيق أن يقال: ان كان الاصل اللفظى المقتضى لبقاء الحكم موجودا فلا مجال للأصل العملى، و ان لم يكن موجودا فلا مجال للأصل لأنه تعليقى، فما أفاده الشيخ صحيح غايه الامر أنه خلاف مسلكه حيث ذهب الى جريان الاصل التعليقى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹

[إذا شك فى عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]

قوله: ثم ان ما ذكرنا

من العمومات المثبته لأصاله اللزوم انما هو فى الشك فى حكم الشارع باللزوم، و يجرى أيضا فيما اذا شك فى عقد خارجى أنه من مصاديق العقد اللازم او الجائز ... (١)

أقول: ان حاصل كلامه قدس سره أن ما ذكر انما يجرى فيما اذا كان منشأ الشك فى اللزوم و الجواز شبهه حكميه، و كذلك يجرى الكلام بعينه فيما اذا كان منشأ الشك الشبهه الموضوعيه. توضيحه: انا اذا قلنا أن المرجع فى الفرد المردد بين عنوانى العام و المخصص هو العموم، فكلما شك فى أن العقد الخارجى من مصاديق العقد اللازم أو الجائز يتمسك بالعموم لإثبات اللزوم الا ما علم خروجه، و أما اذا لم نقل بذلك و قلنا ان المرجع هو الاصل العملى فهو أيضا ينتج اللزوم، أى يجرى أصاله بقاء الملكيه بعد إنشاء فسخ أحد المتعاقدين الا أن يكون هنا أصل موضوعى يثبت العقد الجائز، كما اذا شككنا فى تمليك زيد لعمرو مثلا أنه هبه كى يكون جائزا أو صدقه ليكون لازما، فان أصاله عدم القربه تقتضى كونه هبه جائزه. هذا ملخص ما أفاده قدس سره.

و يرد على ما أفاده فى صدر كلامه من جريان الاصل فى بقاء الملكيه: بأن جريان الاصل متوقف على جريان الاستصحاب فى الحكم الكلى، و أما على ما سلكنا فلا مجال له للمعارضه.

ان قلت: ان المفروض ان الشبهه موضوعيه.

قلت: نعم ان الشبهه موضوعيه و لكن المعارضه موجوده، اذ بعد الشك فى الموضوع نشك فى سعه الجعل و ضيقه، فالكلام هو الكلام. نعم لا بأس بجريان الاصل بتقريب آخر، و هو أن مقتضى عموم وجوب الوفاء لزوم كل عقد الا ما خرج، و مقتضى الاصل عدم تحقق العنوان الخارج، فلو

شک فی أن ما وقع فی الخارج هبه أو صدقه لقول تحقق العقد معلوم و انما الشک فی تحقق عنوان

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۰

قوله: اذا شک فی الضمان مع فساد العقد ... (۱)

الهبه، و مقتضی الاصل عدم تحققه.

لا یقال: انه معارض لأصل عدم تحقق الصدقه.

لأنا نقول: لا أثر لهذا الاصل الاعلی القول بالمثبت، فان نفی الصدقه لا یثبت عنوان الهبه، لکن ما ذکرنا انما یصح فیما لا یتحقق علم اجمالی، کما لو شک فی أن الواقع هبه أو بیع، فان صاحب المال لو فسخ یتحقق للطرف الاخر علم اجمالی بأنه اما یجب علیه تسلیم الثمن و اما یحرم علیه التصرف فی المال، و هذا هو المیزان الکلی.

و مما ذکرنا یظهر ما فی کلام المصنف من الاشکال، فان مقتضی ما أفاده أن استصحاب عدم زوال أثر العقد یثبت صفه اللزوم للعقد بأن التملیک الواقع باق بحاله، و أما تعیین أنه بیع لیکون لازما أو هبه فلا یثبت به بل اذا شک فی اشتغال الذمه بالعوض یجری البراءه.

و یرد علیه أن بعد إنشاء الفسخ یحصل العلم الإجمالی، اما بخروج العین عن ملکه علی فرض أنه هبه فلا بد من أدائه أو بثبوت العوض علیه بناء علی أنه بیع فلا تجری أصاله البراءه.

و بعباره أخری: اذا فسخ المالک الاصلی یعلم الطرف الاخر بتوجه التکلیف الیه، و لا یمکن التمسک بالبراءه اذا لزم منه المخالفه العملیه.

[إذا شک فی الضمان مع فساد العقد]

اقول: ملخص کلامه انه اذا علم فساد العقد و شک فی أنه من العقود المضمنه أم لا، فلا بد من ملاحظه المدرک فی المقام، فعلی القول بأن المدرک فی باب الضمان بالعقود الفاسده قاعده الید یحکم بالضمان لعموم القاعده المذکوره و

أما على القول بأن المدرك قاعده الاقدام بالضمان أو قلنا بأن خروج الهبه مانع عن التمسك بالعموم اذ يكون من التمسک بالعموم مع الشک فی المصداق فلا نحكم بالضمان. هذا كلامه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۱

قوله: القول فی أقسام الخيار ... (۱)

قوله: الاول فی خيار المجلس ... (۲)

و يرد عليه: ان خروج الهبه و ان كان بهذا العنوان كی يكون الخارج عن تحت العام معنونا بهذا العنوان، لكن نقول لا مانع من احراز عدم العنوان و عدم تحققه فی الخارج بالاصل الازلی، فيتحقق الموضوع، فان موضوع العام بعد التخصيص عباره عن وضع اليد على مال لا يكون هبه، و من الظاهر أن وضع اليد وجدانی و عدم تحقق عنوان الهبه يحرز بالاصل.

[القول فی أقسام الخيار]

اشاره

أقول: أفاد الشيخ أن بعض العلماء كالشهيد عد أقسام الخيار أربعه عشر قسما، و بعضهم كالمحقق و العلامه قدس سرهما عدها سبعه أقسام، و نحن نقتفی أثر المقتصر على السبعه.

و ملخص الكلام فی هذا المقام ان الخيار اما مجعول تعبدا كخيار الحيوان و المجلس و اما مجعول بجعل ابتدائی من المتعاملين، و اما خيار تخلف الشرط و كلما يذكر أو ذكر من الاقسام يدخل فی أحد هذه العناوين، و ابتدأ الشيخ بذكر خيار المجلس، و نحن أيضا نقتفی أثره.

[القسم الأول خيار المجلس]

اشاره

أقول:

تنقيح الكلام فيه يحتاج الى بسط الكلام فی ضمن جهات:

(الجهه الاولی) فی معنی المجلس

و المراد من المجلس مطلق مكان المتبايعين حين البيع، فلا خصوصيه لعنوان المجلس، و انما عبر عنه بالمجلس لأنه يتحقق فيه

غالبا، فالميزان فيه كون المتبايعين فى حال الاجتماع الذى كانا حين البيع سواء كانا فى المجلس أم لا كانا جالسين أو قائمين.

(الجهه الثانيه) فى دليله،

أقول لا خلاف بين الاماميه فى ثبوت هذا الخيار للبائع و المشترى، و تدل عليه عده من الروايات و ان كان بعضها مخدوشا من حيث السند.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲

...

منها- ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله: البيعان بالخيار حتى يفترقا «۱» و غير ذلك من الروايات.

و لا يعتد بالموثق الحاكى لقول على عليه السلام: اذا صفق الرجل فقد وجب و ان لم يفترقا.. «۲» اذ لا شبهه فى أصل الحكم، فان ثبوت خيار المجلس من واضحات الاحكام الفقهيه فلا بد من العلاج، فربما يقال بأنها تحمل على التقيه لذهاب جمع من العامه الى القول بعدم خيار المجلس كأبى حنيفه.

ان قلت: انها نقلت عن على عليه السلام، و هو لم يكن فى حال التقيه و انما هى كانت فى عصر الصادقين عليهما السلام.

قلت: ان الروايه و ان كانت علويه الا أن الحاكى لهذه الروايه الصادق عليه السلام فتكون التقيه فى النقل.

ان قلت: مثل هذه التقيه غير معهود، لان التقيه اما تكون بأن يعمل الناس عليها، أو تكون التقيه فى نفس بيان الاحكام، و اما التقيه فى الحكايه فهو أمر حادث.

قلت: أولا أن كونها غير معهود لا يضر حمل الروايه عليها اذا ساعده الدليل و ثانيا يمكن أن يقال: ان عليا عليه السلام كان فى مقام بيان الحكم

بلحاظ زمان التقيه.

و ربما يقال فی مقام رفع الاشكال: ان المراد من صفق علی البيع الصفق علی المبيع و هو الالتزام بالبيع باسقاط الخيار، لا الصفق المحقق للبيع، كيف و موضوعه المبيع فيكون البيع محققا قبلا.

قلت: حمل صفق البيع علی صفق المبيع خلاف الظاهر، و الموجود فی

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من ابواب الخيار، الحديث (۱).

(۲) نفس المصدر، الحديث (۷).

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۳

قوله: مسأله لا اشكال فی ثبوته للمتبايعين اذا كانا أصليين ... (۱)

الروايه «اذا صفق الرجل علی البيع فقد وجب» و بعباره أخری: لا وجه لحمل البيع علی المبيع. و الحاصل ان الروايه المذكوره لا بد أن تطرح ان لم تكن قابله للحمل علی التقيه أو غيرها بعد كون هذا الخيار من واضحات الفقه و مسلماته.

و ربما يقال: ان النصوص المستفيضه قائمه علی ثبوت خيار المجلس، فهی تقدم علی الروايه المنقوله عن علی عليه السلام لوجود المرجح فيها و هو الاستفاضه.

و يرد عليه: ان المرجحات فی باب التعارض معلومه و منصوصه و ليست الاستفاضه منها.

[الجهه الثالثه انه يقع الكلام فی أن الخيار يثبت لمن]

اشاره

أقول: الجهه الثالثه انه يقع الكلام فی أن الخيار يثبت لمن، للمتبايعين فقط أو يثبت للوكيل، و علی فرض ثبوته للوكيل يثبت له مطلقا أو فی الجمله.

لا بد أن يبحث فی كل واحد منها علی حده.

أما ثبوته للمتبايعين

فلا اشكال فيه اذا كانا أصليين كما أفاده المصنف،

و أما ثبوته للوكيلين

اشاره

فأفاد قدس سره أنه لا اشكال فی ثبوته أيضا فی الجمله، و لا بد لنا أن نوضح معنى قوله «فی الجمله» فنقول: ان الوكيل فی المقام يتصور على أنحاء:

الاول- أن يكون وكيلا فی مجرد اجراء الصيغه فقط و لا مداخله له فی أمر العقد أصلا، فهو يكون فی هذا الفرض كاللسان من الموكل.

الثانی- أن يكون وكيلا مستقلا فی المعامله ايجادا فقط، كما اذا و كله فی شراء ثوب له أو دار.

الثالث- أن يكون وكيلا مستقلا مطلقا فی أمر المعامله ايجادا و اعداما، و بعباره أخرى يكون وكيلا مفوضا اليه كليه أمر المعامله.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۴

...

الرابع- أن يكون مفوضا اليه أمر المال ان شاء باع و ان لم يشأ لم يبع

اما القسم الاول- أعنی كونه وكيلا فی اجراء صيغه العقد فقط

اشاره

فما قيل أو يمكن أن يقال فی وجه عدم الخيار أمور:

الأمر (الاول) ما افاده شيخنا الاعظم قدس سره

بتوضيح منا: ان مفاد أدله الخيار اثبات حق و سلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه، فان الحكم لا يحقق موضوعه.

و بعباره واضحه: ان مفاد أدله الخيار اثبات حق و سلطنه لكل من المتعاقدين فی نقض ما التزم به و ابرامه بعد الفراغ عن سلطنته على ما نقل اليه ورد ما التزم به، و لا شبهه أن مجرى الصيغه لا يملك ذلك و ليس له الرد حتى يثبت له بأدله الخيار ملك كلا

الالتزامين. ألا ترى أنه لو شك المشترى فى كون المبيع ممن ينعتق عليه لقرابه أو يجب صرفه لنفقه أو اعتاقه لنذر، لا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدله الخيار، فكما لا يمكن القول بتحقق الخيار فى الفرع المذكور فكذا فيما نحن فيه. و الحاصل ان الخيار انما يكون ثابتا لمن يكون له السلطه على الرد، و حيث أن هذا المعنى مفقود فى المقام فلا خيار له.

و يرد عليه: ان الخيار اما حق متعلق بالعقد كما هو الحق، أو حق متعلق بالعين. و على الاول فنقول: ان معنى الخيار ملك حل العقد يلزم من ذلك تراد العينين، و هذا المعنى متحقق حتى فى مورد الانعتاق، و هو و ان كان تلفا حكميا الا أن الخيار لا يسقط بمجرد تلف أحد الطرفين بل يرجع الى بدله كما هو كذلك فى تلف المبيع فى زمن الخيار.

هذا اذا كان الخيار متعلقا بالعقد، و أما اذا كان متعلقا بنفس العين فان موضوع الخيار و ان كان منتفيا فيما اذا كان المبيع ممن ينعتق على المشترى، لان موضوع

دراساتنا

قوله: مضافا الی ملاحظه بعض هذا الخیار المقرون فیه بینه و بین خیار الحیوان (۱).

الخیار تراد العینین و لا- یحصل هذا المعنی بانعتاق المبیع. الا- أنه لا یضرنا ذلک لان عدم الخیار یکون من باب عدم وجود موضوعه و لا قصور فی ذلک من ناحیه الوکاله.

و أما قوله «ان الحکم لا یحقق موضوعه» فهو متین جدا و نحن لا ننکر ذلک و نقول: ان الموضوع ان ثبت و لو بالاصل فهو و الا لا- یمکن التمسک بالعموم و الاطلاق لکونه شبهه مصداقیه، و لکن قوله «ان مفاد أدله الخیار اثبات حق و سلطنه لکل من المتعاقدین علی ما انتقل الی الاخر بعد الفراغ عن تسلطه علی ما انتقل الیه» مدفوع بعدم قیام دلیل علی ذلک بعد صدق البیع علی الوکیل فی مجرد اجراء العقد، فالمدار علی صدق البیع و عدمه.

و بعباره أخری: انا لا ندعی أن الحکم محقق لموضوعه، بل ندعی ان الکلام فی صدق الموضوع و عدمه، و هذا هو المهم، فلو صدق العنوان یتحقق الحکم و لا دلیل علی اشتراط أمر آخر فی الموضوع.

مضافا الی أن حق رد ما انتقل الیه بلا- استرداد ما انتقل عنه لا معنی له و معه یکون عباره عن الخیار، فهذا الاشتراط یرجع الی اشتراط الموضوع بوجود المحمول و القضیه بهذا النحو ضروریه.

الامر الثانی من الامور التی استدل علی عدم الخیار للوکیل فی اجراء الصیغه أن ملاحظه بعض أخبار الباب یعطی اختصاصه بالمالک،

کما فی قوله علیه السلام فی صحیح ابن مسلم: المتبایعان بالخیار ثلاثه ایام فی الحیوان و فیما سوی ذلک من بیع حتی یفترقا ... «۱»

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من أبواب الخیار، الحدیث (۳)

...

بتقریب أن لفظ «متبایعین» موضوع لخیار المجلس و خیار الحیوان،

و لا ريب أن خيار الحيوان المذكور فى هذه الروايه مختص بالمالك لعدم خيار الحيوان لغير المالك، و لأجل وحده السياق يصير خيار المجلس المذكور فيها مختصا بالمالك أيضا.

و يرد عليه أولا: ان هذا الاستظهار من الروايه يستلزم أن لا يكون للوكيل خيار أصلا لكونه غير مالك و ان كان وكيلا مفوضا، و هو خلاف ما ذهب اليه قدس سره بأنه لا اشكال فى ثبوته للوكيلين فى الجمله.

و ثانيا: ان اختصاص خيار الحيوان بالمالك قد علم من الخارج، و أما العنوان المأخوذ فى صحيح ابن مسلم مطلق.

و ثالثا: ان وحده السياق لا تقتضى رفع اليد، اذ يكونان من المثبتين. و بعباره واضحه: لو كان مقتضى المطلقات ثبوت الخيار حتى للوكيل فى العقد يؤخذ بها و لا يرفع اليد عنها الا بالدليل. و بعباره أخرى: لا وجه لحمل المطلق على المقيد، بل يمكن أن نقول بأنه لا وجه للتقييد حتى مع الالتزام بالحمل، اذ المفروض أن لفظ «المتبايعين» قد استعمل فى معناه العام، غايه الامر قد علم من الخارج أن خيار الحيوان مختص بالمالك.

و رابعا: لا احتياج للتمسك بوحده السياق لإثبات نفى الخيار، و بعباره أخرى: لو كان اختصاص دليل بفرد كافيا لنفى الحكم عن بقيه الافراد كان الصحيح أن يتمسك بالروايه التى أخذ فيها عنوان التاجر، و من المعلوم أنه لا يشمل مجرى الصيغه، و هو قوله صلى اللّه عليه و آله: اذ التاجران صدقا و برا- خصال- بورك لهما فاذا كذبا و خانا لم يبارك لهما و هما بالخيار ما لم يفترقا «۱».

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من أبواب الخيار، الحديث (۶).

قوله قدس سره: مضافا الى ادله

ساير الخيارات فان القول بثبوتها لموقع الصيغه لا ينبغى من الفقيه ... (۱)

قوله قدس سره: مع أن ملاحظه حكمه الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور ... (۲)

فان هذه الروايه وارده فى خصوص خيار المجلس و اخذ الموضوع فيها عنوان التاجر و هو لا يصدق على مجرى الصيغه.

الامر الثالث من الامور التى استدل بها لنفى الخيار للوكيل فى العقد أن أدله سائر الخيارات لا تشمل للوكيل فى اجراء العقد و لا يرضى الفقيه بالشمول،

فالمقام كذلك.

و يرد عليه أنه لا بد أن نبحث فى المدرك للخيار، بأن نقول المدرك ان كان نصا من المعصوم فلا بد من ملاحظته من حيث الشمول و عدمه، و ان كان المدرك قاعده نفى الضرر فعدم الخيار للوكيل فى العقد واضح لعدم الضرر بالنسبه اليه على تقدير عدم الخيار، و الضرر متوجه الى المالك، و الخيار أيضا ثابت له.

و ان كان المدرك فيه اشتراط الخيار، فدائره الخيار من حيث السعه و الضيق يدور مدار الاشتراط، فان اشترط الخيار بحيث يشمل الوكيل فى العقد أيضا نلتزم به و ان اشترط لنفس المالك فقط فلا خيار للوكيل فى العقد كما هو واضح.

الامر الرابع من الامور المستدله لنفى الخيار أن حكمه جعل الخيار الارفاق بالمالك حتى ينظر و يتروى فى المبيع،

و أما الوكيل فى اجراء العقد فلا يتحقق هذا المعنى بالنسبه اليه، فلا وجه لثبوت الخيار له.

و فيه نقضا و حلا: النقض فبالوكيل المفوض و لو كانت حكمه جعل الخيار تروى المالك حتى لا يتضرر فلا بد من الالتزام بعدم الخيار للوكيل المفوض أيضا لعدم وجود الملاك المذكور فيه و الحال انه قدس سره لم يلتزم بذلك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸

...

و أما الحل فان خصوصيات الاحكام و ملاكاتها ليست بأيدينا حتى نقول ان الملاك الموجود فى جعل الخيار غير متحقق بالنسبه الى الوكيل المذكور، و المتبع عندنا هو الدليل، فلا بد أن ينظر الى دلالته من حيث السعه و الضيق.

(الامر الخامس) ان المستفاد من بعض الروايات المذكوره آنفا عدم الخيار للوكيل المعهود،

و هو قوله صلى اللّه عليه و آله «اذ التاجران صدقا و برا- خصال- بورك لهما فاذا كذبا و خانا لم يبارك لهما و هما بالخيار ما

لم يفترقا».

بتقريب أنه قد أخذ عنوان التاجر فی هذه الروايه، و هو لا ينطبق على مجرى الصيغه، فلا يكون له خيار بمقتضى الروايه.

و يرد عليه: ان الدليل لا ينحصر بهذه الروايه حتى يقال بعدم شمولها للوكيل فى العقد، ففى بعض الروايات المذكوره آنفا لم يؤخذ عنوان التاجر بل هو مطلق كما عرفت، و لا يمكن الالتزام بأن هذه الروايه مقيده لإطلاق المطلقات المذكوره لما ذكرنا آنفا. نعم لو علم من الخارج وحده المطلوب لا بد من حمل الاطلاق على التقييد، و هذا مطلب آخر.

(الامر السادس) ان مفاد أدله الخيار لا تشمل الوكيل فى العقد،

لان الخيار كما عرفت سلطنه ثابته بأدلته للعاقد بعد الفراغ عن سلطنته على التزام الطرف المقابل. و بعباره أخرى: ان المستفاد من أدله الخيار اثبات السلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل منه بعد الفراغ عن تسلطه على رد ما انتقل اليه بالاقاله، و الوكيل فى العقد بعد المعاوضه أجنبى صرف و ليس له الاقاله حتى يكون له الخيار.

و الجواب عنه: أنه لا وجه لهذا التقييد، و لا دليل عليه.

(الامر السابع) ان النسبه بين أدله الخيار و أدله سلطنه المالك على ماله عموم من وجه،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۹

...

و يقع التعارض بينهما فيما اذا فسخ الوكيل و لم يرض المالك به، فيقدم دليل السلطنه عليه لكونه معاضدا بالحكم العقلائى، و على تقدير تكافئهما يتساقطتان و تصل النوبه الى الاصل العملى، و هو استصحاب الملكيه الثابته للمالك.

و فيه: ان هذا استصحاب فى الاحكام الكليه، انا قد حققنا فى الاصول أن الاستصحاب لا يجرى فى الشبهات الحكميه الكليه الالهيه. و ثانيا انه اذا شك فى الخيار و عدمه يتمسك بدليل لزوم العقد فنسبه أدله الخيار الى دليل «أَوْفُوا» نسبه العام الى الخاص، فكلما ثبت الخيار بدليله يؤخذ به و الا يتمسك بعموم أدله اللزوم كلما شك فيه. و بعباره أخرى: المحكم فى المقام الاخذ باطلاق المخصص، فانه لو كانت النسبه عموما من وجه لا يبعد أن نلتزم بضرب الدليل الدال على الخيار على الجدار من باب كونه خلاف الكتاب.

اذا عرفت ما تلوناه عليك فى المقام فاعلم أن خيار المجلس لا- يثبت لمجرى العقد لا بالامور المذكوره، بل لانصرافه الى المالك. وجه الانصراف تناسب الحكم و الموضوع فانه يقتضى ذلك، فان جعل الخيار للتروى و اختيار ما هو أحسن، و من الظاهر أنه ليس للوكيل هذا الشأن. هذا على تقدير

القول بعدم ثبوته للوكيل، و أما لو قلنا بأنه ثابت له فهل يكون له الفسخ حتى مع منع المالك، أفاد الشيخ قدس سره بأنه أضعف، و لا وجه لما أفاده فانه على فرض تحقق هذا الحق له أن يفسخ فلا وجه لسقوطه بمنع المالك فما أفاده الشيخ ليس تاما.

هذا تمام الكلام فيما اذا كان الوكيل مجريا للعقد فقط.

و أما القسم الثانى فهو أن يكون الوكيل مستقلا فى ايجاد المعامله فقط،

و هذا القسم أيضا يلحق بسابقه فى عدم الخيار له، لان الخيار كما عرفت منصرف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۰

...

الى من بيده الامر، و الوكيل المذكور كالوكيل فى العقد أجنبى بعد تحقق المعامله و ليس بيده أمر حتى يكون له الخيار.

و أما القسم الثالث فهو أن يكون وكيلا مفوضا اليه أمر المال،

أفاد شيخنا الاعظم قدس سره أنه ان كان وكيلا فى التصرف المالى كأكثر الوكلاء، فان كان مستقلا فى التصرف فى مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضه بعد تحققها فالظاهر ثبوت الخيار له.

و استشكل عليه المحقق الايروانى قدس سره أن اعتبار عموم الوكاله لا يشمل فسخ المعاوضه فى ثبوت الخيار للوكيل بين عجيب و مستحيل، فانه ان أريد من الوكاله فى الفسخ، الوكاله فى الفسخ من قبل الموكل اعمالا لحقه فهو عجيب، و أى مدخليه لهذا فى ذلك، و ان أريد من الوكاله فى الفسخ الوكاله فى الفسخ بخيار نفسه فهو مع أنه باطل اذ لا معنى للوكاله فيما هو مستقل فيه و أمره لا يرجع الى الموكل، دور مستحيل لتوقف ثبوت الخيار على التوكيل فى الفسخ بالخيار المتوقف ذلك على ثبوت الخيار.

و يمكن دفع الايراد عن المصنف بأن نقول: ان دليل الخيار ناظر الى تخصيص عموم «أَوْفُوا» *، و حيث أن الوكيل المفوض يكون أمر المال بيده يشمله دليل وجوب الوفاء فيثبت الخيار، فلا دور، فان ثبوت الخيار يتوقف على التوكيل التفويضى، لكن الوكاله لا تتوقف على الخيار، فالتوقف من طرف واحد، فمراد المصنف لو وجه بما ذكرنا لا يتوجه عليه ايراد المحقق المذكور.

و أما القسم الرابع – و هو أن يفوض أمر المبيع الى الوكيل

بأن شاء باع و ان شاء لم يبع – ذهب الايروانى الى ثبوت الخيار فى المقام، الا أنه لا دليل عليه لعدم كون زمام امر المبيع فى يده بقاء. و الفرق بين هذا القسم و القسم

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۱

قوله: و هل يثبت للموكلين فيه اشكال ... (۱)

الثالث ظاهر، اذ قلنا ان الخيار يثبت بحسب الفهم العرفی، و التناسب بين الحكم و الموضوع لمن يكون له الاقاله، و فی القسم

الرابع ليس للوكيل الاقاله فلا خيار له. فافهم و اغتنم.

الجهه الرابعه فى ثبوت الخيار للموكلين مع حضورهما فى المجلس فهل يثبت لهما مطلقا أو لا يثبت لهما كذلک أو تفصيل فى المقام؟

اشاره

وجوه:

(الوجه الاول)

الكلام ما اذا كان وكيلهما وكيلا فى اجراء الصيغه فقط، فهل يثبت للموكل الخيار أم لا.

ما يمكن أن يقال فى وجه عدم ثبوت الخيار له أمور:

الاول – ان المأخوذ فى أدله خيار المجلس عنوان البيعين،

و ان الظاهر من البيعين فى النص المتعاقدان، فلا يعم الموكل لعدم تصديه للعقد. و الذى يدل على ذلک ما ذكروا ان الموكل لو حلف على عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله.

و الجواب عنه: ان البيع يصدق على من يبدل المبيع بالثمن، و هذا المعنى كما أنه يتحقق بالمباشره كذلک يتحقق بالتسبيب أيضا، و الفعل الصادر من الموكل كالصادر عن الوكيل، و لا نعنى بذلک أن عمل الوكيل قائم بالموكل فانه غير معقول، و اسناد إنشاء الصادر من الوكيل الى الموكل مجازى. بل نقول: انه بمنزله لسان الموكلين و يصدق فى حقهما حقيقه انهما باعا و اشتريا كما لا يصدق ذلک فى حق الوكيلين أيضا.

و لتوضيح الحال نقول: انه لو زوجت امرأه بالوكاله يصح أن تقول «انى زوجتک نفسى لفلان» كما أنه يصح أن يقول وكيله «انى زوجتها لفلان»، و أما قضيه النذر فانه تابع لقصد الحالف من حيث السعه و الضيق، فان قصد من حلفه أنه يبيع بالمباشره فببيع الوكيل يحنث و ان حلف على أن لا- يحقق منه ما يصدق عليه مفهوم البيع فى الخارج فان كان الحلف قبل أخذ الوكيل فالوكاله للبيع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۲

...

موجب للحنث فيما يتصدى الوكيل للبيع، و ان كان أخذ الوكيل قبل حلفه، فأفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأنه لا يتحقق الحنث لان

فعل الوكيل ليس اختياريا له.

و يرد عليه: ان الحلف و ان لم يتعلق بالعزل لكن حيث أن فعل الوكيل فعله فالنقل يلزمه بالعزل كى لا يتحقق الحنث بفعل وكيله.

الثانى– ان عنوان البيع و ان صح استناده الى السبب و المباشر الا أنه لا يمكن أن يراد المعنيين منه فى اطلاق واحد

بل لا بد أن يراد أحدهما لان استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد على تقدير عدم استحالته خلاف الظاهر.

و يرد عليه: ان

عنوان البيع أطلق على نحو القضيه الحقيقيه، فكل من صدق عليه هذا العنوان يصدق عليه الخيار سواء كان وكيلا أو موكلا. و بعباره أخرى: اللفظ استعمل فى الجامع فلا موضوع لهذا الاشكال.

الثالث- ان الالتزام بثبوت الخيار للموكل يستلزم أن يكون الخيار للمتعدد و هو لا يجوز،

فكما أن العين الخارجى لا تكون قابله للمتعدد كذلك الخيار فانه حق واحد لا يمكن ثبوته لا زيد من واحد.

و يرد عليه: ان وحده الخيار وحده نوعيه لا شخصيه، فلا مجال لهذا الاشكال، فعلى القول بثبوته للمتعدد نلتزم بتعدده، هذا أولا و ثانيا ان الكلام فى القسم الاول و هو الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه، و من الظاهر أنه لا خيار له فلا يكون ذو الخيار متعددا.

مضافا الى أنه لو كان هذا الاشكال تاما يلزم عدم ثبوت الخيار للمتعاقدين، اذ يلزم تعدد ذى الخيار، و هو كما ترى، فما يجاب به هناك نجيب به هنا أيضا فلا تغفل.

هذا تمام الكلام فى ثبوت الخيار للموكل فيما اذا كان الوكيل مجريا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳

...

للصيغه فقط، و من ضوء هذا البيان اتضح لك حكم باقى الاقسام المذكوره.

ملخصه ان الموانع المتصوره لثبوت الخيار للموكل لا ترجع الى محصل فالخيار له فيما يكونان حاضرين فى مجلس العقد ثابت لتحقق الموضوع كما ذكره.

ثم ان الشيخ قدس سره ذكر وجهين لثبوت الخيار للموكل:

أحدهما أن الخيار للإرفاق فيقتضى ثبوته له.

و فيه ان الخيار لو ثبت فى مورد يكون للإرفاق لا أن الارفاق فى كل مورد تحقق يتحقق الخيار.

ثانيهما ان ثبوت الخيار للوكيل يستلزم ثبوته للموكل.

و فيه ان ثبوت الخيار للوكيل ليس بملاك الوكاله حتى تم هذا البيان بل لصدق الموضوع فلا بد من ملاحظه هذه الجهه.

(فروع)

(الفرع الاول) انه هل يشترط حضور الموكل الثابت له الخيار فى المجلس أم لا؟ فيه أقوال:

(الاول) ما يستفاد من كلام الشيخ بأن الحضور فى المجلس شرط لثبوت الخيار.

و يرد عليه: ان الموضوع لخيار المجلس عنوان البيع، فكلما يصدق هذا الموضوع يترتب عليه حكمه سواء كان ذو الخيار حاضرا فى مجلس العقد أم لا.

و أفاد سيدنا الاستاذ أن مجرد الحضور فى المجلس لا يفيد فى المقام، فلو حضر المالكان فى مجلس العقد لغرض آخر و كانا غافلين من كون المجلس مجلس العقد لا يثبت لهما الخيار، لأنه يشترط فى ثبوت الخيار اجتماعهما فى المجلس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۴

...

بعنوان المعامله، و يستفاد هذا المعنى من قوله عليه السلام «فاذا افترقا وجب البيع» حيث يستفاد منه أن الافتراق بعنوان الرضا، و لا يتم هذا الا بما ذكرنا.

و يمكن الجواب عنه نقضا و حلا: أما النقض بما لو حضر المجلس بقصد المعامله عالما بأنه مجلس عقد و لكنه جاهل بوجود خيار المجلس فى الشريعه المقدسه. و حلا بأن الاجتماع المعاملى لم يقم دليل على اشتراطه، بل الموضوع فى الخيار كما علمت آنفا صدق عنوان البيع، و هو صادق سواء كان عالما أم لا.

و الذى يدل على ما ذكرنا أن مقتضى ما أفاده أنه لو افترقا مع الغفله يلزم بقاء الخيار حتى بعد الافتراق، و هو كما ترى.

(الثانى) ما ذهب اليه الميرزا قدس سره،

و هو التفصيل بين كون وكاله الوكيل بنحو التفويض و بين غيره، فانه على الاول لا يشترط، اذ اجتماع الوكيلين اجتماع للمالكين، و أما فى غير هذه الصوره فيشترط اجتماع المالكين اذ الموضوع عباره عن الاجتماع.

و فيه: ان الاجتماع كبقيه الافعال لا يمكن أن يستند الى غير من قام به الفعل فلا مجال لهذا التفصيل.

(الثالث) ان الخيار ثابت للمالكين،

و غايته افتراق الوكيلين، و استدل عليه بأن الخيار من آثار الملكيه، و حيث ان العين ملك لمالكه فالخيار ثابت له غايه الامر بقاؤه ببقاء مجلس العقد.

و يرد عليه: ان الموضوع للخيار عنوان البيع و لا ـ خصوصيه للملك، مضافا الى أنه على ما ذكر، فلا وجه لثبوت الخيار للوكيل لعدم كونه مالكا.

و أفاد المحقق الايروانى قدس سره بأن الميزان فى بقاء الخيار بقاء الحاله التى تكون حاصله حين العقد، فبقاء الخيار ببقاء تلك الحاله. و الحاصل ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۵

قوله: فقد يتحقق فى عقد واحد الخيار لأشخاص كثيره من طرف واحد أو من الطرفين، فكل من سبق من أهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقين بلزوم العقد أو بانفساخه.. (۱)

المالكين يحصل لهما الخيار و ينتهى بانتهاء الحاله الموجوده لهما حين العقد.

و يرد عليه: ان المستفاد من دليل الخيار لزوم الاجتماع كى يصدق الافتراق و مع عدم اجتماعهما لا وجه لتحقق الخيار.

اذا عرفت ما ذكر فاعلم ان الحق أن يقال: ان تحقق الخيار للمالكين منوط بتحقق اجتماعهما حين العقد، أعم من أن يكون فى مجلس العقد أم لا، و أعم من أن يكون بعنوان المعامله أم لا مع العلم أو الغفله، كل ذلك للإطلاق.

الفرع الثانى انه وقع البحث فيما اذا تحقق الخيار فى عقد واحد لأشخاص كثيره،

اشاره

كما لو وكل المتبايعان عشره على أن يكون كل منهم متمكنا من الاستقلال فى المعامله، فلو أقدما جميعا على الاجازه أو الفسخ فلا كلام فيه، و أما لو وقع التعارض بين الفسخ و الاجازه فهل يقدم المتقدم منهما أم لا؟ أفاد الشيخ ان كل من سبق من أهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقين، و ليس المقام من قبيل تقديم الفاسخ على المجيز

حتى يقال ان الفاسخ مقدم على المجيز.

و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله أن ما ذهب اليه الشيخ متين،

و تقريب كلامه يحتاج الى مقدمات ثلاث:

الاولى – ان حق الفسخ يكون للوكيل الخاص،

و هو الوكيل المفوض الذى هو مستقل فى أمر المعامله، و ليس له الخيار بعنوان الوكاله بل له استقلال فى ذلك، فان كان خياره بعنوان الوكاله فلا بد أن يكون ذلك لمطلق الوكيل فلا يختص بالوكيل المفوض، و يلزم من ذلك الالتزام بثبوت الخيار فى الموكل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶

...

و ان لم يكن حاضرا فى المجلس و يلزم ثبوت الخيار للوكيل المفوض، و ان لم يجر العقد بيده بل كان مجرى العقد غيره من الوكلاء، و من الظاهر أنه لا نلتزم بهذه التوالى.

الثانيه – ان أدله الخيارات مخصصه لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»،

فكل من يجب عليه الوفاء بالعقد مختار فى الفسخ بدليل الخيار، و هو ليس الا من كان مسلطا على ما انتقل اليه، فهو الوكيل المفوض حتى بعد العقد، و لو لم يفوض أمر المعامله اليه بعد العقد لم يكن أمر المبيع بيده بقاء لا يثبت له الخيار.

الثالثه – ان الوكيل بدل تنزيلى للموكل،

و الفعل الصادر من الوكيل كالفعل الصادر من الموكل.

اذا عرفت هذه المقدمات الثلاث فنقول: ان الموكل ان اجاز قبل فسخ الوكيل لم يبق مجال لفسخ الوكيل لعدم بقاء موضوع للوكاله، و يكون المقام من قبيل ما لو و كل شخصا فى بيع داره ثم باعها لا يبقى موضوع للوكاله، فكذلك فى المقام، كما أنه لو أجاز الوكيل قبل فسخ الموكل لا يبقى مجال لفسخ الموكل لان عمل الوكيل كعمل الموكل، و لو كان الموكل أجاز قبل فسخه لم يكن فسخه مؤثرا، و كذلك فى المقام. نعم لو وقع الفسخ قبل الاجازه يتقدم عليها، و لو وقعا معا فى زمان واحد لا تكونان مؤثرين بل يتساقطان بالتعارض.

أقول: ان قوله دام ظله «ان الخيار ليس بالوكاله بل يكون على نحو الاستقلال» متين جدا، و كذا قوله «ان الخيار يكون فيمن يصح أن يكون مخاطبا بخطاب أوفوا». و أما قوله «ان عمل الوكيل عمل للموكل فانه بدل تنزيلى له» فلا نسلم، لان الوكيل يصدق عليه عنوان البيع بالاستقلال، و كذا فى قوله «مع اجازه الموكل لا يبقى موضوع لفسخ الوكيل» كلام، فانه صحيح على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷

قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبره فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد.. (۱)

تقدير القول بتعلق الخيار على العين الخارجيه و هو خلاف التحقيق، و أما على القول بتعلق الخيار

بالعقد كما هو الصحيح عندنا فان موضوع الخيار باق فيكون خياره باقيا بالاستقلال.

و من هنا ظهر أن قياس المقام ببيع الدار بعد التوكيل فى بيعه قياس مع الفارق، لعدم بقاء موضوع هناك، بخلاف المقام فان الموضوع باق بعد اجازه الموكل فيكون الفسخ مقدما عليه، و كون عمل الوكيل عملا للموكل صحيح فى البيع المذكور. و أما فى الخيار فليس كذلك، فان الاجازه و الفسخ صدرا من شخصين مستقلين، و لذا يتعارضان و يتساقطان لو وقعا معا فى آن واحد كما لا يخفى.

و أفاد المحقق الايروانى قدس سره بأن عنوان البيعين موضوع لخيار المجلس و هو قائم بطبيعه البائع و المشترى، فاذا سبق واحد من أفراد الطبيعه الى الاعمال فسخا أو امضاء سقط خيار البقيه لصدق أن الطبيعه سقطت بفسخ واحد منهما.

و فيه: ان ما ذكره متين لو كان جعل الخيار على نحو قضيه طبيعيه، أى يكون لصرف الوجود، و لكنه ليس كذلك، بل انها قضيه حقيقيه بنحو مطلق الوجود بمعنى أن الخيار الثابت ليس خيارا قائما بطبيعه البائع و المشترى بل انه خيارات متعدده قائمه على أشخاص متعدده، فكل من يوجد فى الخارج و يكون معنونا بعنوان البيع يثبت له الخيار. فتلخص مما تقدم أن الفسخ مقدم على الاجازه و الوجه فيه واضح لمن يتأمل فيما ذكرنا.

الفرع الثالث بعد الفراغ عن ثبوت الخيار فى كل من الطرفين للوكيل و موكله كليهما

كما هو مختار الشيخ قدس سره يقع الكلام فى أن الموجب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸

قوله: ثم هل للموكل بناء على ثبوت الخيار له تفويض الامر الى الوكيل.. (۱).

لسقوط حق الخيار هل تفرق الموكلين عن مجلسهما حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرق المتعاقدين، أو بتفرق الكل فيكفى بقاء أصيل مع وكيل آخر فى مجلس العقد؟

وجوه. و اختار المصنف الوجه الاخير من الوجوه المذكوره.

و ربما يرد عليه بأن تفرق أحد الشخصين يكفى فى سقوط الخيار سواء كان أصيلا أو وكيلا، لان القضيه تكون على نحو القضيه الطبيعيه، بمعنى أن الحكم معلق على التفرق، و هو يحصل بتفرق البعض.

و فيه: ان الخيار معلق على عدم التفرق، فان الخبر جعل غايه الخيار عدم التصرف و بقاء المجلس. و بعباره أخرى: كما يصدق بذلك عنوان الافتراق كذلك يصدق عنوان عدم الافتراق. و ان شئت قلت: ان الظاهر من الدليل أن القضيه قضيه حقيقيه، و حيث أن المفروض أن الخيار ثابت للوكيلين و الموكلين فكل بايع مشتريان و لكل مشتر بائعان، فلو جمع الكل مجلس يثبت الخيار لكل واحد منهم فما دام يكون عنوان الاجتماع باقيا و لو ببقاء أحد المالكين مع أحد الوكيلين يكون الخيار باقيا، فما أفاده قدس سره هو الصحيح.

الفرع الرابع ان الموكل اذا ثبت له حق الخيار هل يجوز له أن ينقل هذا الحق الى الوكيل

بأن يفوض أمره اليه بحيث يصير الوكيل ذا حق خيارى و سلطانا على العقد؟ قال الشيخ الاقوى العدم، بتقريب أن المتيقن من الدليل ثبوت الخيار على القول به للعاقد ثبوته عند العقد لا لحوقه بعده. نعم يمكن توكيله.

أقول: لا كلام فى جواز التوكيل، فانه جاز حتى بالنسبه الى الاجنبى، بل الكلام فى تفويض الخيار اليه بحيث يكون صاحب الاختيار فى أمر الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹

قوله: و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين.. (۱)

و الحق هو الجواز لا بدليل الخيار كى يقال بأنه لا يشمله الدليل بل بنقل المالك حقه اليه، فانه بعد ما ثبت أن الخيار من الحقوق و قابل للإسقاط ثبت جواز نقله فانه يجوز نقله بنحو الشرط الضمنى، و يمكن التمسك أيضا بعموم وجوب الوفاء

بالعقد.

فانا و لو قلنا سابقا بأن دليل وجوب الوفاء لا يمكن أن يكون دليلا للإمضاء لكن عدلنا عن هذا المبنى و نقول، بأن دليل وجوب الوفاء لا شبهه فى كونه ناظرا الى العقود الواقعه فى الخارج، و من الحكم بوجوب الوفاء يستفاد الصحه كما هو ظاهر.

لا ـ يقال: لو سلمنا جواز نقل الموكل الخيار الى الوكيل فلنا أن نسأل عن أمد سقوطه و مسقطه، فان قلت لا مسقط له فى هذه الصوره فهذا خلاف ما يستفاد من دليل الخيار بأنه يسقط بالافتراق من مجلسه، و ان قلت ان المعيار فى سقوطه افتراق الوكيلين فهذا أيضا خلاف التحقيق، لان الوكيلين لم يكن لهما الخيار و لا يصدق عنوان البيع عليهما كى يسقط بتفرقهما، و ان قلت افتراق المالكين مسقط للخيار فهو أيضا مخدوش لان المفروض ان المالكين نقلا حقهما الى الوكيلين و لا يكون لهما الخيار حتى يكون افتراقهما دخيلا فى سقوط الخيار.

لأنا نقول: ان المعيار فى سقوط الخيار افتراق المالكين، و أما قولكم «ان افتراق المالكين ليس مسقطا لعدم بقاء الخيار لهما» فممنوع لعدم لزوم بقاء الخيار فى تأثير الافتراق فى سقوط الخيار بل حدوثه كاف لذلك.

الفرع الخامس انه يقع البحث فى ثبوت هذا الخيار للفضولى،

أفاد المصنف قدس سره بأنه لا يثبت للفضوليين لا لعدم صدق المتبايعين، فانه يصدق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۰

قوله: نعم فى ثبوته للمالكين بعد الاجازه مع حضورهما فى مجلس العقد وجه.. (۱)

عنوان البيع عليهما، لان البيع عباره عن النقل العرفى و هو موجود هنا.

نعم ربما كان ظاهر الاخبار حصول الملك بالبيع، و هذا المعنى منتف فى الفضولى قبل الاجازه، الا أن هذا أيضا لا يمنع ثبوت الخيار للفضوليين، و الا كان مقتضى ذلك عدم الخيار فى الصرف و

السلم قبل القبض، مع أن هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار، فلا بد من رفع اليد عن هذا الظاهر، بل الوجه فى عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين.

و يرد عليه: ان الاستدلال بدليل الفحوى يكون فيما اذا ثبت الحكم فى الاصل، و حيث ان عدم الخيار هناك لعدم صدق العنوان بخلاف المقام كما هو المفروض، الحق فى المقال أن يقال: انه لا يثبت الخيار للفضولى بلا فرق بين القول بالكشف و النقل، و الوجه فيه كما تقدم ان دليل الخيار يشمل ما كان مخاطبا لخطاب «أَوْفُوا»، و هذا مخصص لدليل وجوب الوفاء، و بما ان الفضولى أجنبى فلا يشمله خطاب وجوب الوفاء فلا يكون له الخيار لعدم أمر المبيع بيده.

[فى ثبوت خيار المجلس للمالكين و عدمه]

اشاره

أقول: وقع الكلام بين الاعلام فى ثبوت خيار المجلس للمالكين و عدمه،

و فى المقام أقوال:

(الأول) ما أفاده المحقق النائينى قدس سره

بأنه لا يبعد ثبوته لهما اذا كانا حاضرين فى مجلس العقد لاحتمال اشتراط الخيار بالحضور فى هذا المجلس، فانه بالاجازه ينتسب العقد اليهما، و المفروض حضورهما فى المجلس، فيصدق عليهما البيعان غير المفترقين.

و يرد عليه: ان الاحتمال المنافى للإطلاق لا يعتد به، فلو صدق الموضوع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۱

...

يؤخذ باطلاق الدليل و لا وجه لهذا الاشتراط.

(الثانى) ما أفاده المحقق الكمپانى قدس سره

بأن موضوع الخيار هو البيع و هذا العنوان لا يصدق الاعلى من قام به البيع قياما صدوريا اما بالمباشره أو بالتسبيب و لو بالتوكيل، و أما مجرد الاجازه و اظهار الرضا بالبيع الصادر من الفضولى فلا يحقق القيام بأحد الوجهين:

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظله بأن البيع أمر إنشائى يحتاج الى أمرين: الاول اعتبار معناه فى النفس، الثانى ابرازه بمبرز

خارجى. و هذا المعنى محقق فى المقام، فبالاجازه يبرز ما اعتبر فى النفس و ينتسب البيع الى المجيز، و يصدق البائع عليه.

و يرد عليه أيضا مضافا الى ما أفاده سيدنا الاستاذ أن القائل بعدم ثبوت الخيار لا بد أن يلتزم بعدم صحه الفضولى أيضا، فان المجيز لم يصدر منه البيع حتى يصدق عليه البائع.

و بعباره واضحه: ان الجمع بين صحه الفضولى و عدم الخيار غير سديد، فانه اما يصدق عليه البائع و اما لا يصدق، فعلى الاول يثبت له الخيار أيضا، و على الثانى لا يكون الفضولى صحيحا أيضا، فالتفكيك بين المقامين لا وجه له. نعم قد تقدم منافى بحث الفضولى الاشكال فى صحته، لكن المحقق الاصبهانى قائل بالصحه.

الثالث- ما ذهب اليه الشيخ

بأن الخيار ثابت للمالكين مع حضور هما فى مجلس الاجازه على القول بالنقل.

و يرد عليه: أنه لا وجه لهذا التفصيل، فان الميزان صدق الموضوع، فلا بد من ملاحظه أنه متى يتحقق فيحكم فيه بثبوت الحكم.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم أن الحق فى المقام هو القول الرابع، بأن نقول:

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۲

...

المعيار و الميزان مجلس الاجازه مطلقا بلا فرق بين الكشف و النقل، لأنه بالاجازه ينتسب العقد الى المجيز و يصدق عليه البيع، فالميزان بمجلس الاجازه.

و لتوضيح الحال نشير الى جمله من الاقسام

المتصوره فى المقام فنقول:

يمكن أن يتصور فى المقام صور عديده: فتاره يكون الطرفان فضوليين، فيجيز المالكان فى مجلس العقد، لا شبهه فى صحه هذه الصوره على القول بصحه الفضولى. و أخرى لا يكون المالكان فى مجلس العقد او كانا و لكن لم يجيزا فيه بل أجازا فى خارج مجلس العقد، فيثبت الخيار لهما بلا- فرق بين القول بالنقل و الكشف. و ثالثه يكون الانشاء أصاله من طرف و اجازه من طرف آخر فى مجلس واحد، فلو أجاز المالك فلهما الخيار ما دام المجلس باقيا، و لو لم يكن المالك فى المجلس أو كان و لم يجز فى المجلس بل أجاز فى خارجه هل يثبت الخيار أم لا؟

أفاد الاستاذ فى الدوره السابقه بأنه لا يتحقق الخيار بهذه الاجازه، لان بيع الفضولى يكون من حين الاجازه و بيع الاصيل كان فى مجلس العقد.

الا أنه دام ظله رجع عن هذا فى الدوره الاخيره و التزم بثبوت الخيار لعدم ترتب أثر على البيع قبل الاجازه، فانه و ان كان أصيلا لكن المفروض أنه فضولى من الطرف الاخر، فالبيع صحيح حين الاجازه.

هذا ما أفاده دام ظله، و الحق انه يشكل الالتزام به، اذ الظاهر من الدليل أن الخيار يتحقق حين صدور البيع و صدور البيع من الاصيل حين العقد لا حين الاجازه. و مما ذكرنا يظهر أن المجيز لو أخر الاجازه عن مجلس العقد فان فى تأثيرها تأملا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۳

قوله: نعم يحتمل فى أصل المسأله. (۱)

قوله: و لا فرق فى الفضوليين بين الغاصب و غيره (۲).

قوله: فلو تبايع غاصبان ثم تفاسخا (۳).

أقول: حاصل ما أفاده قدس سره أنه يمكن أن تكون الاجازه من المجيز التزاما بالعقد،

فلا خيار بعدها خصوصا اذا كانت بلفظ التزمت.

و يرد عليه: ان الاجازه بأى لفظ كانت و لو بلفظ «التزمت» تدل على الرضا بأصل العقد، و أما اسقاط الخيار فلا يستفاد منها، ضروره انها قائمه مقام إنشاء العقد، و لا تزيد عن ايقاع العقد بالمباشره و لا يتجاوز مؤدى الاجازه عن مؤدى إنشاء العقد. نعم اذا قامت القرينه على اراده الاسقاط منها او كانت الاجازه من الالفاظ الداله على ذلك- كما اذا كانت الاجازه بلفظ «اسقطت خيارى» - فلا خيار بعدها، و لعله أشار الى هذا المعنى بقوله: فتأمل.

أقول: لا ـ فرق فى الفضوليين بين أن يكونا غاصبين أو مشتبهين، فانه لا مدخليه للغصب و عدمه فيما هو المهم فى المقام، فان الوجه فى عدم الخيار فساد البيع، و هذا قدر مشترك بين مورد الغصب و عدمه.

أقول: حاصل ما أفاده انه لو وقع التفاسخ بعد العقد من الفضوليين لا يقدح فى صحه الاجازه، اذ المفروض أنهما ليس لهما الخيار فتفاسخهما لا ـ أثر له، بخلاف ما رجع الموجب عن ايجابه قبل حصول القبول فانه مانع عن تحقق العقد فليس قابلا للإجازه.

و يرد عليه: انه لو وقع التفاسخ يكون معناه انهدام الالتزام و التعهد و مع انهدامه لا يبقى موضوع للإجازه، كما هو كذلك فى رجوع الموجب عن ايجابه قبل القبول.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۴

[مسأله لو كان العاقد واحدا يثبت له الخيار أم لا]

اشاره

قوله: مسأله لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره (۱).

أقول: يعنى اذا اشترى لنفسه عن غيره او اشترى لغيره عن نفسه أو عن غيره، و أما شراؤه لنفسه عن نفسه فغير معقول، و لا يوجد فى الخارج اتحاد من يباع له و من يشترى له سواء كان ذلك

الواحد هو نفس العاقد أم لا.

و الحاصل ان صور المسأله- أعنى اتحاد العاقـد- أربعه الا أنه واحد منها و هو القسم الاخير لا تحقق له فى الخارج. و كيف كان لو كان العاقد واحد أو هو يباشر طرفى العقد بنفسه على التفصيل المذكور هل يثبت له الخيار أو لا؟ قولان.

ما يمكن أن يقال أو قيل فى وجه عدم الخيار أمور:

الاول- ان الموضوع فى دليل خيار المجلس عنوان التثنيه،

و هو ظاهر فى صوره تعـدد البـائع و المشترى، و لو كـان العاقـد واحـدا كمـا فى المقام لم يصـدق عليه عنوان البيعين بل انه بيع واحد، فالخيار يكون لكل من البائع و المشترى بانفراده، فلا يثبت مع قيام العنوانين لشخص واحد.

و الجواب عنه: ان الموضوع فى الدليل هو عنوان المثنى الا أنه كلما صدق عنوان البائع و المشترى يصدق عنوان البيعين، و هذان العنوانان- أعنى البائع و المشترى- قد يصدق فى ضمن الواحد و قد يصدق فى ضمن المتعدد، فيكون البيعان أيضا كذلك، فان عنوان البيعين مأخوذ على نحو القضيه الحقيقيه، فكلما يصدق يثبت له الخيار بلا فرق بين الواحد و المتعدد.

و ان شـئت فقل: ان موضوع الحكم كل واحد واحد على سبيل الاستغراق، و التثنيه مجرد الجمع فى التعبير، و يكون المقصود أن الخيـار ثابت للبائع و المشترى و لا موضوع للتثنيه كما هو ظاهر. و ملخص الكلام ان المسـتفاد من الـدليل أن الحكم مترتب على العنوان بنحو القضيه الحقيقيه، فكلما صدق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۵

...

عنوان الموضوع ترتب عليه الحكم.

الثانى- ان التقابل بين الافتراق و الاجتماع من باب الملكه و عدمها،

و حيث ان جمله «حتى يفترقـا» أخـذت غـايه فى لسـان الـدليل لا بـد من فرض الاجتمـاع و المفروض ان موضوع الاجتمـاع غير متحقق فلا يتحقق الخيـار، فمقتضـى ذلـك اختصـاص الاخبـار الـداله على الخيـار بصوره تعـدد البـائع و المشـترى كى يصـدق الاجتماع.

و يرد عليه: أن الميزان الكلى انه لو اسـتفيد من الدليل كون شـى ء مانعا نلتزم بعدم ترتب الحكم عند وجود ذلك المانع. مثلا لو قـال المولى «اكرم العلمـاء الا الفسـاق» نلتزم بحرمه اكرام الفـاسق و لا نلتزم باشتراط الموضوع بالعـداله. و بعباره أخرى: لا دليل

على تقييد الموضوع بعدم ذلك المانع بل

انما نلتزم بعدم ثبوت الحکم عند وجود المانع، و فی المقام یکون الافتراق مانعا عن الخیار و نلتزم به، و لا وجه للالتزام بتقیید الموضوع بعنوان ضد ذلک المانع ای عنوان الاجتماع کی یقال: حیث انه لیس فلیس.

الثالث- ان کلمه «حتی» فی قوله «حتی یفترقا» تکون غایه فیما کان الافتراق ممکنا،

و أما فیما کان العاقد واحدا فلم یمکن الافتراق کی تکون غایه.

و بعباره أخری: ان کلمه حتی فیما دخلت علی المستحیل لیست غایه للحکم بل تدل علی الاستمرار، کقوله تعالی «حَتّٰی یَلِجَ الْجَمَلُ»، و حیث أن الافتراق غیر ممکن فیما کان العاقد واحدا فتدل حتی علی استمرار الخیار. و هو واضح البطلان، لان خیار المجلس له أمد خاص. فیتضح من هنا ان قوله «حتی یفترقا» لا ینظر الی مثل المقام بل ناظر فیما یکون الافتراق ممکنا.

و الجواب عنه: ان ما أفید فی المقام کان متینا لو کانت القضایا المتکفله

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۵۶

قوله: ثم لو قلنا بالخیار فالظاهر بقاؤه الی أن یسقط بأحد المسقطات غیر التفرق (۱).

لبیان الاحکام علی نحو القضایا الخارجیه، الا أنها لیست کذلک، بل تکون علی نحو القضایا الحقیقیه، و عندئذ یکون لقوله «حتی یفترقا» فردان قابل للافتراق و غیر قابل، و مثل ذلک لا یضر بالقضیه الحقیقیه کما هو واضح عند أهله.

الرابع- ان ثبوت الخیار للشخص الواحد یتوقف علی أن یکون قوله «البیعان بالخیار» کلاما مستقلا،

و حیث انه لیس کذلک بل ذیل بقوله «حتی یفترقا» یفهم من الدلیل أن الموضوع مقید بقید الاجتماع. و بعباره أخری: لا بد من امکان الافتراق، فکل مورد لا یمکن الافتراق لا یتحقق الخیار کما فی المقام و کما فیما یکون احدهما وکیلا مفوضا و لم یکن المالک حاضرا فی المجلس لا یتحقق الخیار لعدم امکان التفرق.

و یرد علیه: أولا- النقض بما لو کانا متعددین لکن لا- یمکن افتراقهما کما لو ألصق أحدهما بالاخر فهل یمکن الالتزام بعدم الخیار، و ثانیا نجیب بالحل و هو أن مبدأ سقوط الخیار تحقق الافتراق فکل مورد لا یمکن تحقق هذا العنوان نلتزم ببقاء الخیار، فالموضوع للخیار یتحقق علی الفرض. و

أما فى مسأله الوكيل المفوض فالافتراق تحصل بالموت كما هو ظاهر.

فانقدح بما ذكرنا ان الحق هو ثبوت الخيار، لكن مع ذلك كله فى النفس شى ء و لا ينبغى أن يترك الاحتياط الذى يكون طريقا للنجاه.

أقول: يقع الكلام بعد ثبوت المجلس فى أمده و بقائه: هل هو باق الى الابد، أو باق الى أن يسقط بأحد المسقطات، أو بطول المجلس بالمقدار المتعارف، أو بمقدار أطول المجالس؟ وجوه.

أفاد السيد اليزدى قدس سره يمكن أن يقال: انه يبقى الى مقدار طول

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۷

قوله: مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شى ء من العقود سوى البيع عند علمائنا (۱).

مجلس نوع المتعاقدين، بمعنى مقدار أطول المجالس أو اوسطها.

و فيه نقضا و حلا: أما النقض فيما لو كان المتعاقدان شخصين و لكنهما لم يفترقا لشده حب بينهما فلا بد أن يلتزم السيد بسقوطه بانقضاء أطول المجالس او اوسطها و هو كما ترى. و اما الحل فبان دليل الخيار لم يحدد لنا حدا و ما ذكره السيد لا دليل عليه.

و الحق كما أفاده الشيخ أن الخيار باق الى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق، فانه غير ممكن فى المقام على الفرض.

[مسأله هل يختص خيار المجلس بالبيع أو يعم جميع العقود]

أقول: يقع البحث فى مقامين: الاول ان خيار المجلس هل يختص بعقد البيع أو يعم لجميع العقود اللازمه، الثانى انه هل يجرى خيار المجلس فى العقود الجائزه أم لا؟

(اما المقام الاول) فنقول: انه لا يثبت خيار المجلس فى غير البيع من العقود اللازمه كالصلح و الاجاره و الرهن و القرض لاختصاص أدلته بالبيع كقوله «البيعان بالخيار»، فان موضوعه عنوان البيع و لا يجرى فى غيره لعدم العلم بالملاك. نعم ربما نلتزم بحرمه الغرر و لو فى غير البيع

بدعوى معلوميه الملاک، و أيضا نلتزم بثبوت خيار العيب للشرط الضمنى السارى فى جميع الموارد.

نعم بعض خصوصياته كالأرش مثلا مختص بالبيع لاختصاص دليله به.

(و أما المقام الثانى) و هو ثبوت خيار المجلس فى العقود الجائزه فنقول:

الظاهر أنه لا يثبت هذا الخيار فى شى ء من العقود الجائزه، فانه مضافا بما تقدم فى المقام الاول نقول: ان مورد أدله الخيار العقد الذى يشمله دليل اللزوم، فان دليل الخيار مخصص لدليل وجوب الوفاء، فالعقد الذى لا يكون مشمولا لدليل وجوب الوفاء لم يكن وجه للخيار. و حيث ان العقود الجائزه غير مشموله لدليل «أَوْفُوا» فلا يثبت فيها الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۸

...

و بعباره أخرى: الخيار فرع اللزوم، و مع فرض الجواز تحصيل للحاصل.

قال الشيخ فى المبسوط: و أما الوكاله و الوديعه و العاريه و القراض و الجعاله فلا- يمنع من دخول الخيارين فيها مانع، و أفاد المصنف بأن مراده منهما خيارى الشرط و المجلس، و صرح ابن ادريس فى السرائر بدخول الخيارين فى هذه العقود لأنها جائزه فيجوز الفسخ فى كل وقت، و قال: و هذا محتمل كلام الشيخ.

و يرد عليه: أنه لا خصوصيه لهذين الخيارين، فلا وجه لحمل كلام الطوسى على ما ذكره.

و احتمل المصنف احتمالا آخر، و هو أن يكون مراده دخول الخيارين فى هذه العقود اذا وقعت فى ضمن عقد البيع فتنفسخ بفسخه.

و أورد عليه السيد اليزدى قدس سره بأنه على هذا أيضا يكون الخيار فى البيع لا فى الوكاله التى وقعت فى ضمن البيع مثلا، فما ذكر المصنف أيضا لا يصحح كلام الطوسى، و قال الاولى أن يقال: بناء على اراده هذا المعنى أنه يدخل الخيار فيها اذا وقعت فى ضمن العقد

بعنوان شرط النتيجه، فان مقتضى القاعده لزومها حينئذ لو لا دخول الخيار فيها، فيمكن أن يقال بجريان الخيار بأن يفسخ الوكاله المشروطه فى البيع مع عدم فسخ اصل البيع. لكن هذا صحيح بالنسبه الى خيار الشرط لعموم أدلته، و أما بالنسبه الى خيار المجلس فلا لاختصاص دليله بالبيع.

أقول: أن ما أفاده المصنف قدس سره فى توجيه كلام الطوسى فيرد عليه:

انه لو وقعت الوكاله فى ضمن عقد البيع و لم يشترط فيه الخيار لا وجه لانفساخها حتى بعد فسخ البيع، اذ مقتضى نفوذ الشرط بقاؤه و لو بعد انعدام العقد بالفسخ.

قمّى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ۲ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ۴، ص: ۵۸

و بعباره أخرى: الشرط تابع للعقد حدوثا لا بقاء.

و ان شئت قلت: ان دليل لزوم الوكاله ليس منحصرا بدليل «أَوْفُوا» حتى تنفسخ بانفساخ أصل العقد لقانون تبعيه الفرع للأصل، فان قوله «المؤمنون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۹

قوله: و مقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض (۱).

عند شروطهم» يدل على لزومها، سواء كانت مشروطه على نحو شرط الفعل أو النتيجه. و الحاصل ان الوكاله المشروطه فى ضمن العقد اللازم لازمه. نعم لو كانت لازمه بلزوم العقد من باب وجوب الوفاء تنفسخ بانفساخ العقد، و أما ان كان من باب لزوم الشرط فلا. و لعل هذا التحقيق لم يسبقنى اليه سابق من الاعلام، و على اللّه التكلان.

[خيار المجلس هل يجرى فى جميع أقسام البيع أو يختص بغير بيع الصرف و السلم]

اشاره

يقع الكلام فى أن خيار المجلس هل يجرى فى جميع أقسام البيع أو يختص بغير بيع الصرف و السلم، و لا بد أن يبحث فى مقامين: الاول فى وجوب التقابض وجوبا تكليفيا

کی يترتب على ثبوت الخيار ارتفاع الوجوب بالفسخ الثانى على تقدير عدم الوجوب التكليفى هل يترتب على الخيار أثر و على فرض وجود الاثر هل يساعده الدليل أم لا؟.

(أما المقام الاول) فما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه الوجوب أمور:

الامر الاول – الروايات الداله على وجوب التقابض،

كقوله عليه السلام فيما رواه منصور بن حازم: اذا اشتريت ذهبا بفضه أو فضه بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه و ان نزى حائطا فانز معه «۱».

و الجواب عنه: ان المستفاد من هذا القبيل من الروايات الوارده فى باب المعاملات كونها ارشادا الى الشرطيه، و حملها على الحكم التكليفى خلاف المتفاهم العرفى منها، كما هو كذلك فيما روى عنه عليه السلام «نهى النّبىّ عن بيع الغرر» «۲» فان البيع الغررى ليس من المحرمات الشرعيه، فان النهى عنه

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۲) من أبواب الصرف، الحديث (۸).

(۲) المستدرک الباب (۳۱) من ابواب آداب التجاره، الحديث (۱).

...

ارشاد الى فساده.

(الامر الثانى) ما أفاده العلامه فى التذكره من أنه لو لم يتقابضا يكون ربويا فيكون حراما.

و يرد عليه: أولا ان لزوم الربا يكون فيما اذا سلم أحدهما دون الاخر، و اما مع عدم التقابض من الطرفين فلا وجه لتوهم الربا.

و ثانيا– انه على تقدير كونه ربويا تكون المعامله باطله، و هذا كما ترى أجنبى عن محل الكلام فان النزاع يكون فى وجوب الاقباض و عدمه و أما لزوم الربا فلا يترتب عليه الا الفساد.

و ثالثا– ان لزوم الربا يكون فيما اذا اشترط التأجيل، و أما اذا كانت المعامله نقديه و لم يسلم أحدهما العوض خارجا فانه لا رباء فيه.

و رابعا- ان الربا على تقدير لزومه انما يلزم فى الصرف، و اما السلم فهو سالم عنه فيكون الدليل أخص من المدعى.

(الامر الثالث) ان الاقباض شرط ارتكازى بين الطرفين فيجب الوفاء به.

و فيه: أولا ان الليل أخص من المدعى، فان القبض من أحدهما يجب اذا أقبضه الاخر، فلا مقتضى لوجوب الاقباض ابتداء.

و ثانيا- ان وجوب الوفاء بالشرط و وجوب القبض و الاقباض متوقف على صحه العقد و صحه العقد متوقفه على وجوب القبض و الاقباض، و هو دور باطل.

اللهم الا- أن يقال: ان دليل وجوب الوفاء لو كان عموم وجوب الوفاء بالعقد لكان هذا الاشكال فى محله، اذ لا يتعلق وجوب الوفاء الا فيما يكون العقد صحيحا فيصح أن يقال: ان صحه الشرط تتوقف على وجوب الوفاء و وجوبه يتوقف على تحقق الشرط فيدور، و اما لو قلنا بأن المدرك عموم قوله عليه السلام «المؤمنون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۶۱

...

عند شروطهم» فلا يتوجه هذا الاشكال.

ان قلت: كيف يمكن أن يكون العقد باطلا و يكون الشرط صحيحا.

قلت: لنا أن نقول: بأنه اذا صدق و تحقق عنوان الشرط يشمله دليل وجوب العمل به، فان اشتراط كون الشرط فى ضمن العقد لم يثبت

بدليل لفظى تعبدى كى يدعى انصرافه عن مورد العقد الفاسد، بل هذا الاشتراط مستفاد من مفهوم الشرط، و عليه لا منافاه بين كون العقد فاسدا و بين وجوب الوفاء بالشرط.

و تحقيق الحال فى بحث الشرط فانتظر.

(الامر الرابع) ان المستفاد من دليل وجوب الوفاء وجوب الاقباض.

و فيه: أولا انه لا يستفاد منه الحكم التكليفى بل المستفاد منه الحكم الوضعى أى اللزوم.

و ثانيا- ان «أَوْفُوا» يشمل العقد الصحيح، و حيث ان القبض شرط فى صحته فبتخلفه لا يكون العقد صحيحا فلا يشمله دليل وجوب الوفاء.

و ثالثا- ان المفروض فى المقام انه اشترط عدم الاقباض قبل القبض، و من الظاهر أنه مع الاشتراط لا يكون الاقباض واجبا فانه لا مجال لوجوب الاقباض مع اشتراط عدمه فى ضمن العقد، فمع عدم اقباض الطرف لا مجال لوجوب الاقباض ابتداء و بعد اقباضه لا تصل النوبه الى دليل وجوب الوفاء اذ دليل الشرط يكفى للوجوب. و اشكال ان الشرط لا أثر له ما دام لا يكون العقد صحيحا قد مر الجواب عنه آنفا فلا تغفل.

(و أما المقام الثانى) فهو انه على تقدير عدم الوجوب التكليفى هل يترتب على الخيار أثر أم لا؟

و ينبغى أن يبحث فى موردين: الاول مقام الثبوت بأن يبحث فيه بأنه بناء

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۶۲

قوله قدس سره: و مما ذكرنا يظهر الوجه فى كون مبدء الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضوليين (١).

على القول بعدم وجوب التقابض هل يترتب على الخيار أثر أم لا، الثانى أن يبحث فى مفاد الادله بأنها هل تكون وافيه للمطلوب أم لا.

أما المورد الاول فنقول: انه يمكن الالتزام بترتب الاثر على وجود الخيار و هو أنه مع الخيار لو فسخ ذو الخيار العقد لا يكون قابلا للصحه فلا أثر للقبض بعده.

و أما المورد الثانى فنقول: ان الحق عدم شمول دليل خيار المجلس للمقام اذ المستفاد من دليل الخيار لزوم العقد بالافتراق. و بعباره أخرى: دليل الخيار ناظر الى صوره توجه خطاب «أَوْفُوا» فان قوله «فاذا افترقا وجب البيع» يدل على أن الافتراق ملزم و مع عدم التقابض يكون الافتراق مبطلا

فلا مجال لثبوت الخيار.

[كون مبدء الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضوليين]

فتحصل مما ذكرنا امور: «الاول» ان خيار المجلس لا يثبت للمتعاملين فى الصرف و السلم. «الثانى» انه يجب الاقباض ابتداء احيانا بمقتضى الشرط «الثالث» ان مبدء الخيار من حين القبض فى الصرف و السلم، أى من حين صحه العقد.

أقول: ان ثبوت الخيار من حين الاجازه سواء قلنا بثبوت خيار المجلس فى الصرف و السلم من حين العقد أو من حين التقابض، و سواء قلنا بالنقل أو بالكشف فى الاجازه.

و قول المصنف بالفرق بين الكشف و النقل بثبوت الخيار لهما من زمان اجازتهما على القول بالنقل و من زمان العقد على القول بالكشف، لا وجه له.

و السر فى ذلك أن عنوان البيع لا يصدق على المالك الا حين الاجازه فباجازته

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۶۳

...

يكون بايعا، و هذا فيما يكون الفضولى من الطرفين ظاهر، و أما لو كان من طرف واحد فهل يكون ثابتا للأصيل من حين العقد أم لا؟ الظاهر هو الثانى اذ الخيار من أحكام العقد الصحيح و قبل اجازه المالك لا يكون العقد صحيحا فلا يكون الخيار ثابتا للأصيل. نعم له أن يرفع اليد من التزامه قبل اجازه الاخر كما أن الموجب يمكن أن يرفع اليد عن ايجابه قبل قبول المشترى، و هذا لا يرتبط بالخيار فلا تغفل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۶۴

[الكلام فى مسقطات الخيار]

[المسقط الاول اشتراط سقوطه فى ضمن العقد]

اشاره

الكلام فى مسقطات الخيار قوله: القول فى مسقطات الخيار و هى اربعه: الاول اشتراط سقوطه فى ضمن العقد (۱).

أقول:

اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد يتصور على أقسام:

القسم الاول أن يشترط عدم الخيار،

اشاره

و قـد عبر عنه فى لسان المشـهور اشتراط سـقوط الخيار. القسم الثانى أن يشترط عـدم الفسخ فيقول بعتنى بشـرط أن لا أفسخ، و يعبر عنه عدم الاخذ بالخيار القسم الثالث أن يشترط اسقاط الخيار. اذا عرفت ذلک فنقول:

(أما القسم الاول)

فقد استدل على عدم الخيار باشتراط عدمه فى ضمن العقد بوجوه:

الاول – الاجماع.

و فيه انه معلوم المدرک، و لا أقل من محتمله، فانه يحتمل لو لم يقطع بأن المدرک عموم دليل الشرط.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۶۵

...

الثانى – العمومات

كقوله «المسلمون أو المؤمنون عند شروطهم» «۱» فيشمل عموم الشرط لشرط عدم الخيار فى ضمن البيع.

و قد استشكل على الاستدلال بدليل الشرط فى المقام من وجوه:

الاول: ان الشرط متعلق بالامر الاختيارى، و من الظاهر أن جعل الخيار و عدمه من فعل الشارع،

و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأن الايراد المذكور قوى لكن النص الخاص الوارد فى باب المكاتبه يقتضى الصحه، و هى صحيحه مالک بن عطيه عن سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه عليه السلام سألته عن رجل كان له أب مملوک و كانت لأبيه امرأه مكاتبه قـد أدت بعض مـا عليهـا، فقـال لهـا ابن العبـد: هـل لک أن اعينک فى مكاتبتک حتى تؤدى ما عليک بشـرط أن لا يكون لک الخيـار على أبى اذا أنت ملكت نفسـک؟ قـالت: نعم، فأعطاهـا فى مكاتبتهـا على أن لاـ يكون لها الخيار عليه بعـد ذلک. قال: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم «۲».

و المستفاد من هذه الروايه سقوط الخيار باشتراط سقوطه. و الحق فی الجواب أن يقال: ان جعل أمر علی عاتق أحد يتوقف أن يكون اختياريا، و أما الشرط فلا يلزم أن يكون كذلك، فان الشرط ربط أحد الامرين بالاخر، فالاشكال ساقط من أصله. مضافا الی النص الوارد فی المكاتبه. و أيضا يستفاد من بعض النصوص

---

(۱) المرويه فی الجزء (۱۵) من الوسائل من ابواب المهور، الحديث (۴) بعنوان المؤمنون، و الباب (۴۰) بعنوان فان المسلمين، و فی الجزء (۱۲) الباب (۶) من أبواب الخيار، الحديث ۱- ۲- ۵ بعنوان فان المسلمين، و فی الجزء (۱۶) الباب (۱۱) من ابواب مكاتبه الحديث (۱) بعنوان المسلمون.

(۲) الوسائل، الجزء (۱۶) الباب (۱۱) من أبواب المكاتبه، الحديث (۱).

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۶۶

...

الوارده فی الباب الرابع من المكاتبه بأن المكاتب لو عجز عن أداء مال الكتابه يرد الی الرقيه لصحه الشرط و الحال

ان الرد الى الرقيه فعل اللّه فلاحظ.

و استشكل على الاستدلال بالروايه بأن الشرط المذكور فى الروايه ابتدائى و الاجماع قائم على عدم وجوب الوفاء على الشروط الابتدائيه، فلا يمكن العمل بمضمون الروايه.

و أجاب عنه السيد اليزدى قدس سره: أن هذه الروايه دليل على شمول أدله الشروط للشروط البدويه و أنها أيضا واجبه الوفاء، و الاجماع على الخلاف ممنوع.

و أفاد المصنف: يمكن أن تحمل الروايه الداله على سقوط الخيار باشتراط سقوطه على صوره المصالحه على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبه بذلك المال.

أقول: و فى كلا الجوابين نظر، أما كلام السيد فغريب، اذ أن الشرط المذكور ليس ابتدائيا، كيف فانه وقع فى ضمن الهبه. و أما كلام الشيخ فانه أغرب منه و انه قدس سره كيف حمل الروايه على صوره المصالحه مع أنها لا أثر لها فى الروايه، فان سقوط الخيار يكون بالاشتراط كما هو أوضح من أن يخفى. و التحقيق أن يقال: ان الشرط فى الروايه وقع فى ضمن العقد، و أعنى به الهبه، فيجب الوفاء بمضمونه و هو سقوط الخيار.

لا يقال: ان الهبه تكون من العقود الجائزه فالشرط فى ضمنها لا تكون لازمه.

لأنا نقول: ان الامر و ان كان كذلك الا أنها تصير لازمه بالتصرف، فان الامرأه تصرفت فى الموهوب بأدائه الى المولى و هو موجب للزومها. مضافا الى أنه قد مر منا أن الشرط يلزم و لو كان فى ضمن العقد الجائز. فليكن فى ذكرك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۶۷

...

لعله ينفعك فيما بعد.

فتلحض أن الخيار يسقط باشتراط سقوطه، و لا يرد عليه الاشكال بأن الخيار ليس جعله بيد المتعاملين حتى يسقط باسقاطهما فانا قلنا انه ليس هذا المعنى معتبرا فى الشرط. هذا أولا

و ثانيا ان النص دال على المقصود.

(الثانى) ان الشرط يجب الوفاء به اذا كان العقد المشروط فيه لازما،

لان الشرط فى ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو توقف لزوم العقد على لزوم الشرط لزم الدور.

ان قلت: ان لزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، و أما لزوم العقد فيتوقف على صحه الاشتراط، فالمتوقف عليه غير المتوقف عليه.

قلت: ان دليل صحه الاشتراط و لزوم الشرط دليل واحد فالاشكال باق بحاله. و الحق أن يجاب عن الاشكال: أولا انه لم يدل دليل لفظى على اشتراط كون العقد لازما قبل الشرط لا بالقبليه الزمانيه و لا الرتبيه، فلا مانع من تحقق العقد و لزومه بالشرط. و ان شئت قلت: ان الدور دور معى. و ثانيا ان الشرط فى المقام عباره عن عدم الخيار، فلو فرض عدمه بالشرط فلا مقتضى للخيار، بل مقتضى القاعده اللزوم، و ثالثا ان اصل المبنى فاسد فالبناء مثله.

و ملخص الكلام ان الشرط عباره عن ارتباط أحد الامرين بالاخر، و معنى الشرط الضمنى أن العقد ارتبط به، و لذا نقول بأنه لا معنى للشرط الابتدائى فانه خلف، فعليه نقول: لا فرق فى لزوم الشرط بين كون ظرفه العقد اللازم أو الجائز، فان دليل لزوم الشرط- أى قوله «المؤمنون عند شروطهم» - يقتضى لزوم الشرط و لو كان العقد جائزا. بل لنا أن نقول: بأن الشرط فى ضمن العقد الفاسد صحيح و لازم و ان كان هذا المدعى يقرع الاسماع.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۶۸

...

أضف الى ذلك كله أنه لو لم يكن الشرط فى ضمن العقد الجائز لازما لم يكن فى ضمن الهبه لازما، و الحال أن الامام عليه السلام طبق «المؤمنون عند شروطهم» على الشرط الواقع

فی ضمنها.

ان قلت: ان الهبه هنا مشروطه، و هی لازمه کما حقق فی محله.

قلت: ان الهبه اللازمه هی الهبه المعوضه، و أما الهبه المشروطه فأی دلیل علی لزومها.

(الثالث) ان أدله الشروط معارضه بعموم أدله الخیار،

و نتیجه التعارض التساقط، فلا أثر لدلیل الشرط.

و الجواب عن هذا الاشکال: ان دلیل الشرط مقدم علی أدله الاحکام، و لا تلاحظ النسبه و الا یلزم أن لا یکون الشرط مؤثرا الا فی اشتراط واجب أو ترک محرم و هو کما تری. و بعباره أخری: ان العناوین الثانویه تقدم علی أدله الاحکام الاولیه، کما أن الامر کذلک فی دلیل النذر و العهد و الیمین.

هذا أولا، و ثانیا مع فرض التعارض و التساقط تکون النتیجه اللزوم بمقتضی عموم وجوب الوفاء بالعقود، فالمطلوب حاصل أیضا و هو عدم الخیار.

أضف الی ذلک کله ما ورد فی مسأله اشتراط عدم الخیار للمکاتبه، و ما ورد فی اشتراط رد المملوک الی الرقبه لو عجز من أداء مال الکتابه «۱».

(الرابع) ان هذا الشرط مخالف لمقتضی العقد

علی ما هو ظاهر قوله «البیعان بالخیار»، فاشتراط عدم کونهما بالخیار اشتراط لعدم بعض مقتضیات العقد.

و فیه: ان الآثار المرتبه علی العقد قسمان: قسم منها ما یتوقف علیه قوام العقد و بانتفائه ینتفی العقد کالملکیه فی البیع و الزوجیه فی النکاح، و قسم منها

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۶) الباب ۱۰ و ۱۶ من ابواب المکاتبه.

...

لا یکون کذلک کالخیار المستفاد من قوله «البیعان بالخیار» فانه لا یتوقف علیه قوام العقد. فما ذکره المستشکل وارد علی القسم

الاول، فان اشتراط عـدم حصول الملكيه فى البيع جمع بين المتنافيين، و أما القسم الثانى فهو خال عن الاشـكال المـذكور كما لا يخفى. و ببيان آخر: ان الخيار ليس مقوما للبيع بل يكون أثرا مترتبا عليه لو خلى و طبعه بمقتضـى الدليل لو لم يوجد ما يمنع عن ترتب هذا الاثر.

(الخامس) ان اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب،

لان الخيار لا يحدث الا بعد البيع فاسقاطه فيه كإسقاطه قبله.

و فيه: أولا انه لا محذور فى اسقاط ما لم يجب الا اشكال التعليق، و التعليق لا دليل على بطلانه الا الاجماع، و حيث أنه دليل لبى يقتصر فيه على القـدر المتيقن من مورده و هى العقود أو الاـعم منهـا و من الايقاعـات، و امـا التعليق فى الشـرط فلاـ دليـل على بطلانه. و ثانيا انه يمكن أن يتحقق الشـرط بنحو لا يكون اسـقاطا كى يتوجه عليه هـذا الاشـكال بأن يشترط عدم الخيار و الدليل على صحته صحيح عطيه «۱».

(السادس) ان اشتراط سقوط الخيار خلاف السنه،

اذ بمقتضى قوله «البيعان بالخيار» يثبت الخيار و اشتراط عدمه مخالف له.

و قد أفاد سيدنا الاسـتاذ دام ظله بأن اشتراط عدم الخيار مرجعه الى نسخ الحكم، و لم يقل أحد بصـحه مثل هذا الشـرط، فمعنى اشتراط عدم الخيار اسقاطه فى ضمن العقد بالشرط، و من الظاهر أن اسقاط الخيار ليس خلافا للسنه.

و يرد عليه: أولا النقض بموارد الحلف و النذر و العهد، فان الفعل المباح

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۶) الباب (۱۱) من أبواب المكاتبه، الحديث (۱).

...

بالمعنى الاعم يجب أو يحرم بلحاظ تعلق هذه العناوين و ليس فيه محذور النسخ.

و ثانيـا- بالحـل، و هو أنه لا تعارض بين أدله العناوين الثانويه و الاوليه، فان الخيار مجعول للعقـد لو خلى و طبعه و الشـرط يمنع عن انعقاده هكـذا. و بعباره أخرى: ان العقد يتحقق لازما بمقتضـى الشـرط فلا نسخ. نعم يرد عليه أنه خلاف السـنه، و لذا نجيب عن أصل الاشكال بأن صحيحه عطيه المتقدمه آنفا تقتضى صحه هذا الاشتراط.

(و أما القسم الثانى) و هو ما اشترط فى العقد عدم الاخذ بالخيار،

اشاره

فيقع البحث فيه فى مقامين: الاول فى صحه هذا الشرط، الثانى انه على تقدير صحه الشرط لو خالف و فسخ هل يؤثر فى العقد أم لا؟

(أما المقام الاول) [فى صحه هذا الشرط]

فلا اشكال فى صحته، و لا يرد عليه ايراد من الايرادات المتقدمه، فان عدم الفسخ أمر جائز و بالشرط يجب فلا محذور.

(و أما المقام الثانى) فما يمكن أن يقال أو قيل فى وجه عدم تأثير فسخه لو خالف الشرط أمور:

الاول– ان دليل الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره على الوفاء بالعقد و عدم سلطنته على تركه،

لان الممتنع شرعا كالممتنع عقلا، فالشارع سلب القدره عن الفاسخ فيكون فسخه كلا فسخ بعد حرمته.

و يرد عليه: أنه لا- تلازم بين الحرمه التكليفيه و الفساد الوضعى، فان النسبه بينهما عموم من وجه، فان البيع قد يكون حراما و لا يكون فاسدا كالبيع فى أثناء الصلاه و قد يكون فاسدا و لا يكون حراما كالبيع الغررى، و قد يجتمعان معا كبيع الخمر.

الثانى– ان اطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط يقتضى وجوب ترتيب آثار الشرط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷۱

...

و هو عدم الفسخ فى جميع الاحوال حتى بعد الفسخ، و من آثار عدم الفسخ حرمه التصرف، و هو معنى عدم نفوذ الفسخ و الا فلا وجه للحرمه.

و يرد عليه نقضا و حلا: أما النقض فبما اذا شرط هبه داره فى ضمن البيع فهل يجب عليه ترتيب أثر الشرط فى صوره عدم العمل على مقتضى الشرط، و هل يلتزم أحد بأن المشروط عليه قبل الهبه يجب عليه ترتيب أثر الهبه، كلا ثم كلا.

و أما الحل فان الشرط الذى يجب الوفاء به نفس الالتزام لا الملتزم به، و بعباره أخرى: ان الشرط عباره عن الالتزام بعدم الفسخ، و ملخص الكلام ان الامر بالوفاء بالشرط عباره عن لزوم اتمام الالتزام و عدم رفع اليد عنه، و حيث أن رفع اليد عن الالتزام ليس

حراما تكليفيا يعلم أن الشرط لازم و لا يتغير برفع اليـد، لكن لو فسـخ العقد و لم يف بشـرطه يكون مقتضـى القاعده أن ينفسـخ العقد.

هـذا على تقـدير القول بكون الامر بالوفاء بالشـرط ارشاديا، و أما ان كان مولويا فهو يدل على أن المشـروط عليه يجب أن يلتزم بذلك فى وعاء الشرع، و لكنه اذا خالف الشرط و فسخ العقد يشمله اطلاق أدله الخيار، فانه يدل على

انحلال العقد بالخيار سواء كان اعماله محرما أم لا. و نظير المقام ما لو حلف شخص على عدم الفسخ أو نهى أبوه عن ذلك و لكنه فسخ عصيانا يؤثر فسخه.

الثالث- ان الشرط قد أحدث حقا للمشروط له فى خيار المشروط عليه يمنعه عن العمل بمقتضى خياره كمنع حق الرهانه من بيع العين

و لذا يجوز اجباره عليه.

و أجيب عنه: ان جواز اجبار المشرط عليه انما يكون لتوجه خطاب دليل وجوب الوفاء بالشرط و له أن يجبره على ذلك، و أما سلب الاختيار عنه بحيث يمنع عن التصرف فى البيع فلا يستفاد منه. و بعباره اخرى: نسلم أن الشرط يقتضى حقا للمشروط له على المشروط عليه بحيث يجوز له أن يجبره على العمل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷۲

...

بالشرط كما لو شرط عليه الخياطه فيجوز اجباره عليها، لكن هل يوجب سلب اختياره أم لا، اول الكلام و لا دليل عليه.

(و أما القسم الثالث) و هو ما يشترط اسقاط الخيار،

اشاره

فقال الشيخ:

و مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد الفسخ. أفاد السيد قدس سره: يعنى ان ظاهر الاشتراط الاسقاط بعد العقد بلا فصل، و الا فمطلق الاسقاط بعد العقد مقتضى صريحه.

أقول: يمكن أن يكون مراد الشيخ أن الاسقاط يكون بعد العقد لا حين العقد و فى ضمنه، و كيف كان يقع البحث فى مقامات ثلاث: الاول ان الشرط المذكور صحيح أم لا؟ الثانى انه على تقدير صحته هل يؤثر أم لا؟ الثالث على تقدير عدم اسقاطه الخيار هل للمشروط له خيار تخلف الشرط أم لا؟

(أما المقام الاول) فلا ريب فى صحته لوجود المقتضى و عدم المانع،

و ما يتصور من كونه مانعا بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط قد تقدم الجواب عنه آنفا فلا نعيد.

(و أما المقام الثانى) فأفاد الشيخ: و فى تأثير الفسخ وجهان المتقدمان،

و الاقوى عدم التأثير. و بعباره أخرى: انه قدس سره قاس المقام بالقسم الثانى، و لكن الحق أن يفصل فى المقام بأن يقال: لو كان الوجه فى فساد الفسخ فى القسم السابق كونه محرما فلا يتم فى المقام، اذ الشرط فى المقام عباره عن الاسقاط لا عدم الفسخ، فلا يكون الفسخ حراما الا بأن يقال ان الامر بالشى ء يقتضى النهى عن الضد، و أما لو كان الوجه فى القسم السابق عباره عن لزوم العمل بالشرط و عدم قدره المشروط عليه على خلافه فلا يبعد انطباقه على المقام أيضا، و قد عرفت عدم تماميه وجه المنع ففى المقام كذلك.

(و أما المقام الثالث) فهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ بعد أم لا؟

قيل لا يكون له ذلك، لأنه ما دام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷۳

قوله: بقى الكلام فى أن المشهور أن تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد (۱).

لم يفسخ لم يحصل التخلف و بعده لا يبقى موضوع للعقد.

و فيه: ان الشرط فى المقام عباره عن اسقاط الخيار، و هو لم يحصل فيصدق التخلف، فيجوز الاخذ بخيار تخلف الشرط، و أما الفسخ و عدمه فلا يتعلق به الشرط حتى يرد عليه الاشكال.

و فصل الشيخ قدس سره بين القول بعدم تأثير الفسخ و القول بتأثيره بقوله:

و الاولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط، و على القول بتأثيره ثبوت الخيار لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد، و يكون بقاء المشترط على سلطنه الفسخ مخالفا لمصلحه المشروط له و قد يموت ذو الخيار و ينتقل الى وارثه.

و فيه: انه لا وجه لهذا التفصيل، اذ تأثير الفسخ و عدمه لا مدخليه له فى صدق التخلف و هو موجب للخيار، و هذا

ليس أقل مرتبه من جعل الخيار الابتدائی، فكما أن تخلفه يوجب الخيار كذلك فی المقام. و الحاصل ان تخلف الشرط فی المقام يوجب الخيار و ان لم يترتب عليه الاثر، على أن الاثر العقلائی موجود فی المقام، و هو الاطمئنان باستحكام العقد.

[فی أن تأثير الشرط انما هو مع ذكره فی متن العقد]

اشاره

أقول: ان الشرط المذكور فی متن العقد لا ريب فی صحه تأثيره، و أما الشرط المذكور قبل العقد فموقع خلاف بين الاعلام، و اختار الشيخ عدم تأثيره و نقل عن الطوسی القول بتأثيره، الا أنه وجه كلام الطوسی بما يناسب مختاره و قال ما حاصله: و كيف كان فالاقوى أن الشرط غير المذكور فی متن العقد غير مؤثر لان المحقق فی السابق اما وعد أو التزام ابتدائی لا يجب الوفاء به.

و الذی يوافق التحقيق أن يقع البحث تاره فی مقتضی القاعده الاوليه، و أخرى فی الادله الخاصه الوارده فی المقام. أما مقتضی القاعده فنقول: ان

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۷۴

...

معنى الشرط ارتباط أحد الامرين بالاخر، فتاره يكون الالتزام العقدی مرتبطا بفعل الطرف كما لو قال «بعتك بشرط أن تخيط لی ثوبا».

ان قلت: ان تحقق البيع معلق على تحقق الخياطه، و هو لا يحصل قبل حصول المعلق عليه.

قلت: انه لم يتوقف على تحقق الخياطه الخارجيه بل معلق على الالتزام بها و هو حاصل بالفعل.

ان قلت: انه تعليق و التعليق فی البيع يوجب البطلان.

قلت: ان الدليل القائم على بطلان التعليق ليس دليلا لفظيا كی يتمسك باطلاقه، بل الدليل انما هو الاجماع، و القدر المتيقن منه ما لا يكون المعلق عليه معلوما كقدوم الحاج، و أما ما اذا كان المعلق عليه معلوم التحقق فلا يشمله دليل المنع و لم ينعقد الاجماع فيه، فاذا تخلف المشروط

عليه عن الخياطه يكون العقد صحيحا لكن يثبت للمشروط له الخيار بمقتضى الارتكاز العقلائى.

و أخرى لا- يكون أصل الالتزام معلقا على أمر لكن بقاء الالتزام معلق كما لو علق التزامه بالبقاء على أمر كالخياطه مثلا. و ثالثه يتحقق كلا الامرين، أى يعلق أصل الالتزام و يعلق بقاؤه على التزامه على تقدير كذائى.

اذا عرفت ما ذكرنا

فاعلم ان الشرط فى ضمن العقد يتصور على وجوه:

الاول– أن يكون العقد ظرفا للشرط بلا ارتباط،

و لا يجب العمل بهذا الشرط بل لا يصدق عليه الشرط.

الثانى– أن يرتبط بالعقد و يذكر فى العقد بالصراحه أو بالاشاره،

و لا شبهه فى صحته و وجوب العمل به.

الثالث– ان يقاول عليه قبل العقد و يقع العقد مبنيا عليه،

و الظاهر أنه لا مانع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷۵

...

من صحته.

ان قلت: انه لم يذكر فى ضمن العقد.

قلت: يرد عليه أولا- النقض بالشروط الضمنيه الارتكازيه فانها لم تذكر و مع ذلك يجب العمل بها. و ثانيا ان العقود تابعه للقصود، و المفروض أن العقد وقع على ما ذكر قبلا فيكون مشروطا.

ان قلت: لا يقاس المقام بالشروط الضمنيه، فان الارتكاز العقلائى فى تلك الموارد يقتضى انفهام المعنى.

قلت: هذا الفرق غير فارق، فان دليل الشرط ربما يكون الارتكاز العام العقلائى، و ربما يكون أمرا شخصيا معهودا بين الطرفين. و

ان شئت قلت:

القرينه فى تلك الموارد عامه و فى المقام القرينه قرينه خاصه. هذا ما يقتضيه القاعده، و أما بلحاظ مفاد الروايه الخاصه فانه وردت روايات «۱» فى باب المتعه تدل على عدم ترتب الاثر على الشرط المذكور قبل العقد.

و أجاب عن الروايه سيدنا الاستاذ على ما فى التقرير بأن مفاد الروايه شرط المتعه فلا يعم شرط النكاح مطلقا فكيف ببقيه العقود.

و يرد عليه: ان فى مطلقها كفايه، لكن الاشكال من ناحيه أخرى، و هو أن النصوص وردت فى باب النكاح و لا وجه للتعدى الى غيره من بقيه الابواب و العقود. و ان أبيت الا عن التسريه فلا بد من الالتزام بفساد العقد فيما يكون مشروطا، اذ المفروض أن الالتزام العقدى يقيده و العقود تابعه للقصود، فانقدح بما ذكرنا أن المتعاملين لو تقاولا قبل العقد على شرط و أوقعا العقد عليه ينعقد مشروطا. نعم لو غفلا حين العقد يقع مطلقا.

---

(۱) الوسائل، الباب ۱۹ من ابواب المتعه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷۶

[فرع فى قول العلامه فى عدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس و غيره فى متن العقد]

قوله: (فرع) ذكر العلامه فى التذكره موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس و

غيره فى متن العقد، و هو ما اذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال «للّه على أن اعتقك اذا بعتک»، قال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحه النذر فيجب الوفاء به و لا يتم برفع الخيار (۱).

أقول: ان تقريب ما ادعاه العلامه انه يفوت غرض المولى بهذا الشرط فيكون فاسدا، و تحقيق الحال يتوقف على أن نتكلم فى مقامين: الاول ما يكون قابلا لان يرجع الى بايعه بالارث أو بغيره من الاسباب، و الثانى ما لا يكون كذلک.

(أما المقام الاول) فلا مانع من الشرط، اذ لا يترتب عليه المحذور. و ما أفاده الميرزا النائينى قدس سره فى المقام من عدم القدره على الانتقال الى البائع ففيه أن عدم القدره صحيح لكن المفروض أن القدره على العتق يحصل بأحد اسباب الانتقال.

(و أما المقام الثانى) فاثبات المدعى يتوقف على مقدمتين: الاولى أن يستلزم النهى التكليفى الفساد، الثانيه أن يكون تحصيل المقدمات المفوته واجبه بأن يكون الشرط حراما مقدمه للنذر، و نظيره فى باب الوضوء انه قبل الوقت لو علم بعدم وجدان الماء عند الصلاه وجب عليه التحفظ على الماء.

الا أنه لا يمكن المساعده على شى ء من المقدمتين: أما المقدمه الاولى فلعدم الملازمه بين الحرمه التكليفيه و الفساد الوضعى، و أما المقدمه الثانيه فلعدم وجوب حفظ المقدمات المفوته.

و بعباره أخرى: ان تفويت غرض المولى لم يقم دليل على حرمته، فانه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷۷

قوله: مسأله و من المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد (۱).

على المولى أن يبين ما يلزم و مع عدم البيان لا- دليل على الوجوب، فعليه لا يكون شرط اسقاط الخيار حراما و ان كان مفوتا للغرض النذرى.

أفاد

سيدنا الاستاذ على ما فى التقرير بأن الشرط لو كان مخالفا للسنه بعنوانه الاولى فهو باطل، و أما اذا كان مخالفا لها بعنوانه الثانوى فلا يكون باطلا، و فى المقام ان الالتزام و الملتزم به لا يكونان خلاف السنه بعنوانهما الاولى بل بعنوان انه تفويت لغرض المولى يكون حراما و هو غير ضائر، فالادله الآمره بطرح الشروط المخالفه للسنه لا تشمل المقام.

و فيه: ان المستفاد من اطلاق الروايات أن الشرط اذا كان مخالفا للكتاب و السنه فهو باطل سواء كان مخالفا لهما بعنوانه الاولى أو الثانوى، و لا وجه للتقييد بما ذكره الاستاذ.

أقول:

المقسط الثانى من مسقطات خيار المجلس اسقاطه بعد العقد،

اشاره

و هذا هو المسقط الحقيقى كما أفاده المصنف.

و ما يمكن أن يتمسک به لسقوط الخيار باسقاطه بعد العقد وجوه:

الاول- الاجماع.

و فيه: ان المحصل منه غير حاصل، و على فرض حصوله محتمل المدرك، فانه يحتمل أن يكون مدركهم أحد الوجوه المذكوره، و المنقول منه ليس بحجه كما حقق فى محله.

الثانى- ما أفاده المصنف فحوى ما سيجى ء من النص «1» الدال على سقوط الخيار بالتصرف،

معللا بأنه رضاء بالبيع، و الوجه فى الاولويه انه اذا كان التصرف مسقطا لكونه فعلا كاشفا عن الرضا فالتصريح بالاسقاط مسقط بطريق أولى.

---

(1) الوسائل، الجزء (12) الباب (4) من أبواب الخيار، الحديث (1).

و بعباره أخرى: ان المستفاد من الروايه أن الامام عليه السلام طبق الكبرى الكليه و هى أن صاحب الخيار له أن يسقط حقه على المورد. و ان شئت قلت:

يتشكل القياس بأن نقول: هذا تصرف كاشف عن الرضا، و كلما يكون مبرزا للإسقاط يسقط الخيار، فهذا الفعل مسقط. و الانصاف ان هذا الوجه وجبه لا بأس به.

الثالث – أيضا ما تمسک به الشيخ

بفحوى قوله «الناس مسلطون على أموالهم» «۱» تقريب الفحوى أن المراد بالاموال المضافه الى الناس ما أضيف اليهم بالاضافه الملكيه، فاذا كانوا مسلطين على أملاكهم فهم أولى بأن يكونوا مسلطين على حقوقهم، لان من كان له السلطنه على الاقوى كان له السلطنه على الاضعف بنحو أولى.

و أورد عليه المحقق النائينى قدس سره: بأن الاستدلال بفحوى «الناس مسلطون» غير تام، لان السلطنه على المال، و الحق هى أن يتصرف فيهما بالتصرفات التى تحت سلطنته، و مقتضى هذه السلطنه فى مورد العين أن يتصرف فيها و فى مورد الخيار أن يتصرف فى مورده أيضا بأن يفسخ و أن لا يفسخ، و أما اعدام هذه السلطنه فلا يستفاد من دليل السلطنه.

و أورد عليه سيدنا الاستاذ: بأن اطلاق تسلط الناس على أموالهم يقتضى كون الناس مسلطون على أموالهم كيف يشاءون حتى على اعدامها و هم مسلطون على اعدام حقوقهم.

و فيه: ان فرض أن قاعده التسلط يقتضى كون الناس مسلطين على أموالهم و لو باعدام موضوعها فبانتفاء الموضوع تنتفى السلطنه قهرا، الا أن ذلک ليس

---

(۱) البحار،

الجزء (۱) طبع قديم الصفحه (۱۵۴).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷۹

قوله: و يمكن الاستدلال بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائى (۱).

اسقاط الخيار. و بعباره أخرى: لا يستفاد من الروايه كون الناس مسلطين على سلطنتهم و هى هنا اسقاط الخيار. و بعباره واضحه: يمكن للمسلط على العين اعدام السلطنه باعدام العين كما لو أكل طعامه، و أيضا يمكن لذى الحق أن يعدم السلطنه باعدام موضوعه بأن يفسخ العقد، و الكلام فى اعدام نفس السلطنه، فايراد سيدنا الاستاذ على استاذه غير تام.

و أورد المحقق الايروانى: بأن علقه الحق أضعف من علقه المال، و السلطنه فى القوى لا تقتضى السلطنه على الضعيف، بل الامر بالعكس.

و أورد عليه سيدنا الاستاذ: بأن المدعى أن الشخص مسلط على السلطنه الملكيه، و من الظاهر أنه لو ثبتت السلطنه على القوى تثبت على الضعيف بطريق أولى.

و يرد على كلام سيدنا الاستاذ: بأنه لا دليل على كون الشخص مسلطا على سلطانه فى مورد الملك كى يتم هذا البيان، بل الثابت من الدليل أن الشخص مسلط على نفس العين.

اذا عرفت ما ذكرناه علم أن الحق فى الجواب أن يقال: ان مدرك قاعده التسلط ضعيف السند فلا يعتمد عليه، و عمل المشهور على تقدير ثبوت العمل بها غير جابر كما عرفت.

الرابع قوله «المؤمنون عند شروطهم» «۱»

بتقريب انه باطلاقه يشمل اسقاط الخيار بعد العقد فيكون نافذا.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۶) من احكام ابواب العقود.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۸۰

قوله: من ان لكل ذى حق اسقاط حقه (۱).

قوله: ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفيه للفحوى المتقدمه، و فحوى ما دل على كفايه بعض الافعال فى اجازه عقد الفضولى. (۲)

و فيه: أولا ان

الشـرط فى اللغه بمعنى الربط بين الشيئين، فلا يشمل مفهوم الشرط الشرط الابتدائى، و اذن فالشروط الابتدائيه خارجه عن حدود الروايه.

و ثانيا- ما معنى الشرط فى المقام، فان كان معناه الالتزام بعدم كون الخيار مجعولا من قبل اللّه تعالى فهو ليس بأيدينا حتى نلتزم به. و بعباره أخرى: انه لا شـبهه فى ثبوت الخيار و ليس عـدمه بقاء بأيـدينا، و ان كان معناه الالتزام بسـقوطه باسـقاطنا فالحكم لا يحقق موضوعه، فان دليل الشرط ليس مشرعا بل لا بد من جواز أمر فى الرتبه السابقه، و المفروض أن شرعيته أول الكلام.

و لا يجوز التمسك بـدليل الشـروط، فاذا شك فى أن أمر اسـقاط الخيار هل يكون بأيدينا أم لا يحكم بعدمه باستصـحاب العدم الازلى، فانه لم يكن أمر العقد بأيدى المتعاقدين قبل وجودهما أو قبل تحقق الشريعه، و الاصل بقاء العدم على حاله.

الخامس مما استدل على صحه اسقاط الخيار بعد العقد

هو القاعده المسـلمه من أن «لكل ذى حق اسـقاط حقه». توضـيحه: ان الخيار على قسمين خيار حقى، و خيار حكمى، و الذى لا يجوز لذى الخيار اسقاطه هو الخيار الحكمى كما فى الهبه فلا يجوز اسقاط الخيار فيها، و اما الخيار الحقى فانه قابل للإسقاط.

و حيث أن الخيار فى محل الكلام حقى فهو قابل للإسقاط، و الانصاف أن هذا الوجه فى غايه المتانه.

[الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفيه للفحوى المتقدمه]

أقول: اذا ثبت جواز اسقاط الخيار بعد العقد فنقول: انه يسقط بكل

...

لفظ باحدى الدلالات العرفيه.

و اسـتدل الشـيخ على ذلك بفحوى ما دل على كفايه بعض الافعال فى اجازه العقد الفضولى. و يمكن أن يكون نظره قدس سره فيما أفاده الى ما ورد فى باب النكاح، و هو ما رواه معاويه بن وهب قال: جاء رجل الى أبى عبد اللّه عليه السـلام فقال: انى كنت مملوكـا لقوم و انى تزوجت امرأه حره بغير اذن موالى ثم اعتقونى بعـد ذلك فأجـدد نكاحى إياها حين اعتقت؟ فقال له: أ كانوا علموا انـك تزوجت امرأه و أنت مملوك لهم. فقال: نعم و سـكتوا عنى و لم يغيروا على. قال: فقال سـكوتهم عنك بعـد علمهم اقرار منهم أثبت على نكاحك الاول «۱».

و ما رواه محمد بن اسـماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السـلام عن امرأه ابتليت بشـرب النبيذ فسـكرت فزوجت نفسـها رجلاـ فى سـكرها ثم أفاقت فأنكرت ذلك ثم ظننت أنه يلزمها ففزعت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويـج أ حلال هو لها

أم التزويج فاسد لمكان السكر و لا سبيل للزوج عليها؟

فقال: اذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها. قلت: و يجوز ذلك التزويج عليها؟

فقال: نعم «۲».

بتقريب ان السكوت فى الاول و الاقامه معه بعد الافاقه فى الثانى اذا كانا كافيين للإمضاء فالقول يكون كافيا بالاولويه لكونه أقوى دلاله من الفعل.

و يرد عليه: أن الاولويه انما تجدى مع اتحاد المقامين، و هو ممنوع، اذ يمكن أن الشارع دفعا عن وقوع الزنا سهل الامر فى باب النكاح بخلاف المقام فلا تغفل.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۴) الباب (۲) من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث (۱).

(۲) الوسائل، الجزء (۱۴) الباب (۱۴) من أبواب اولياء العقد، الحديث (۱).

قوله: فلو قال أحدهما «اسقطت الخيار من الطرفين» فرضى الاخر سقط خيار الراضى أيضا (۱).

قوله: مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر (۲).

و الذى يسهل الخطب أن تحقق الاسقاط بما يكون مبرزا عرفا أمر على القاعده فلا يحتاج الى الاستدلال بتلك الروايات. و اللّه العالم.

[لو قال أحدهما اسقطت الخيار من الطرفين فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضا]

أقول: لا وجه لسقوط خيار الراضى، فان مجرد الرضا ان كان من باب كونه مصداقا للإسقاط فان الرضا بالاسقاط لا يكون اسقاطا و ليس مصداقا له، و ان كان سقوط خياره من باب صحه الفضولى فيرد عليه: أولا ان جريان الفضولى فى الايقاعات محل الاشكال، و ثانيا انا قد ذكرنا فى بحث الفضولى ما عندنا من الاشكال فى صحه العقد الفضولى بالاجازه، و تفصيل الكلام موكول الى ذلك الباب فلا تغفل.

[مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر]

أقول: ان المسأله ذات صور، و ذلك ان بعد قوله «اختر» تاره يفسخ الاخر، و أخرى يسقط الخيار، و ثالثه يسكت. فان اختار الفسخ فلا يبقى موضوع للبحث لانفساخ العقد بذلك، و ان اختار الامضاء يسقط خياره و يبقى خيار الطرف الاخر بحاله، و ان سكت يبقى الخيار لعدم المقتضى لسقوطه.

و فى المقام روايه «۱» مذكوره عن الطوسى عن النبى صلى اللّه عليه و آله انه قال: المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر. و هذه الروايه ضعيفه سندا فلا اعتبار بها. و أفاد المصنف بأن هذا القول كأنه كان فى العرف السابق ظاهرا فى تمليك العقد من الطرف المقابل. و لا يخفى ان الظهور الكائن فى العرف السابق لا أثر له فلا بد من ملاحظه الحال، فنقول فى قوله «اختر»

---

(۱) الخلاف الطبع الجديد الصفحه (۵۰۷) المسأله (۷).

...

احتمالات: الاول أن يكون لإسقاط الخيار عن نفسه، الثانى أن يكون لتوكيل المخاطب لأعمال الخيار فسخا و امضاء، الثالث أن يكون لتمليك خيار نفسه للمخاطب و اعطائه اياه، و لا يرد عليه ما قيل بأن الخيار ليس قابلا للتمليك لأنا بينا فى محله انه من الحقوق القابله للتمليك.

الرابع أن يكون لاستكشاف حال المخاطب بأنه يفسخ أو يمضى، فان كان بقوله «اختر» فى مقام إنشاء السقوط فخياره يسقط بذلك و يبقى خيار الطرف المقابل، و ان كان فى مقام توكيل المخاطب، و المخاطب أسقط الخيار فيكون خياره ساقطا أيضا.

لا يقال: ان الوكاله من العقود و يشترط فيها الايجاب و القبول كيف تتحقق بلفظ «اختر».

فانه يقال: لو صدق عليه العنوان فى العرف و لو مع القرينه كفى، فانه لا يشترط فى العقود الالفاظ الخاصه، فلو سكت الطرف الاخر يبقى الخيار بحاله. و أما لو أجاز فاما يجيز بعنوان الوكاله و اما يجيز أصاله و اما يجيز بكلا العنوانين، فعلى الاول يسقط خيار الطرف، و فى الثانى يسقط خياره دون الاخر و على الثالث يسقط خيارهما.

ان قلت: كيف يمكن تحقق الوكاله و الاسقاط بعنوانهما بلفظ واحد، و الحال أن الاسقاط تتأخر عن الوكاله، اذ ما دام لم يحصل الوكاله لا مجال للإسقاط وكاله و بعباره أخرى: ان تحقق السقوط متأخر زمانا عن عنوان الوكاله، فما دام لا يتحقق عنوان الوكاله لا يتحقق عنوان السقوط، فلا بد أن يكون موضوع الوكاله محققا سابقا كى يترتب عليه عنوان السقوط، فلا يكون قوله «أسقطت الخيار» متحملا للمعنيين الطوليين، أعنى قبول الوكاله و اسقاط الخيار.

قلت: يرد عليه أولا انا بينا فى موضعه أن الالفاظ المستعمله فى الانشائيات

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۸۴

...

مبرزه عن المعانى الانشائيه، فلا مانع من أن يكون قوله «أسقطت الخيار» محققا للوكاله و الاسقاط، فان الجمله المذكوره أولها محقق للوكاله و قبول لها و آخرها مسقط للخيار.

و ثانيا: انه لا دليل على لزوم أن يكون عنوان الوكاله سابقا زمانا على عنوان اسقاط الخيار. و بعباره

أخرى: ان الترتب الزمانى ليس بين اسقاط الخيار و عنوان الوكاله، نعم ان التخلف الزمانى بين العنوانين المذكورين غير ممكن.

و صفوه القول: ان تأخر الوكاله عن الاسقاط محال، و أما كونهما متقارنين زمانا فلا اشكال فيه بأن يتحقق الوكاله و اسقاط الخيار فى زمان واحد، نظير المقام الطلاق الرجعى فانه يحصل الرجوع باللمس مثلا- و الحال أن جواز اللمس مترتب على الرجوع، فلا مانع من تحقق الزوجيه باللمس اذ ليس الترتب زمانيا بل رتبى.

و ان كان فى مقام تمليك المخاطب- بأن يملك الخيار له بهذا اللفظ- فالكلام فيه كالكلام فى مسأله التوكيل حرفا بحرف و لا وجه للإعاده.

و ان أراد أن يستعلم حال المخاطب بقوله «اختر» فانه يفسخ أو يمضى، و قال المخاطب فى جوابه «أسقطت الخيار» فلا وجه لسقوط خيار المستعلم، و أما السكوت فى جميع الصور المذكوره فلا يدل على اسقاط الخيار. هذا كله فيما يكون المقصود معلوما، و أما لو كان مجملا و لم يعلم المراد فمقتضى الاستصحاب بقاء الخيار، فان الخيار كان موجودا و شك فى سقوطه و الاصل عدم تحقق المسقط فالخيار بحاله.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۸۵

قوله: ثم انه لا اشكال فى أن اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط الاخر (۱).

قوله: لو اختلف الورثه فى الفسخ و الاجازه تحقق التعارض (۲).

[لا اشكال فى أن اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط الآخر]

أقول: ان الامر كما ذكره المصنف، فانه لا وجه لسقوط خيار الاخر، و لو أجاز أحدهما و فسخ الاخر مقارنا له انفسخ العقد، و ليس المقام من باب تعارض الاجازه و الفسخ لاختلاف المتعلق لان متعلق كل منهما التزام نفسه، و لا بد فى التعارض من وحده المتعلق، كما لو أجاز الوكيل و فسخ الاصيل أو بالعكس

فانه من باب التعارض بين الفسخ و الاجازه.

ان قلت: انه لو فسخ الموكل و اجازه الوكيل ففسخ الموكل مقدم عليه، لان الوكيل صار منعزلا بفسخ الموكل.

قلت: و يرد عليه أولا ـ ان العزل من العناوين التى يعتبر فيها القصد و الانشاء، و من الممكن أن يكون الموكل غافلا ـ عن عزل وكيله حين فسخ العقد أو لم يقصده، فمجرد الفسخ لا ـ يكون عزل الوكيل عن الوكاله. نعم ان الموكل بفسخه يعدم موضوع الوكاله، الا أن هذا غير العزل كما هو واضح. و ثانيا ان الوكيل بمجرد العزل لا يكون منعزلا بل يشترط فيه ايصال العزل اليه.

[لو اختلف الورثه فى الفسخ و الاجازه تحقق التعارض]

أقول: قد بينا آنفا أن تعارض الفسخ و الاجازه يتحقق فيما اذا اتحد متعلق الاجازه و الفسخ، و مثل المصنف قدس سره للتعارض بخيار الورثه المتعددين و تقارن الفسخ و الاجازه منهم، الا أن صحه التمثيل متوقفه على القول بأن الخيار لطبيعه الوارث، و فى هذه الصوره اذا تقارن الفسخ و الامضاء من شخصين كان كما اذا تقارن ذلك من ذى خيار واحد فيتحقق التعارض، و أما ان قلنا ان الخيار ليس لطبيعتهم بل لمجموعهم فالتمثيل المذكور غير صحيح،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۸۶

قوله: مسأله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعان (۱).

كما أن الخيار لو كان لكل واحد منهم بقدر حصته فلا يدخل تحت الكبرى.

أما على الاول فلان الاثر مترتب على مجموع الإنشاءات فسخا أو إمضاء و أما على الثانى فلانه لا يرتبط أحدهم بما يصدر عن الاخر.

[الثالث من مسقطات هذا الخيار افتراق المتبايعان]

اشاره

أقول:

و ينبغى أن نبحث فى المقام من جهات:

(الجهه الاولى) انه هل الافتراق مسقط للخيار على نحو الموضوعيه أو بكشفه النوعى عن الرضا بلزوم العقد،

و ما يمكن أن يقال بوجه الكاشفيه أمران:

الاول – ان الافتراق كاشف نوعى عن الرضا بالعقد.

و فيه أولا ـ انه لو كـان الا ـفتراق مسـقطا للخيـار من جهه كونه كاشـفا عن الرضـا لكـان اللاـزم أن يسـقط جميع الخيارات بمجرد الافتراق و لم يلتزم به أحد.

و ثانيا – انا لا نسلم أن يكون للافتراق كاشفا نوعيا عن الرضا، فانه أعم منه لاحتمال أن يكون غافلا عن الحكم أو الموضوع حين الا ـفتراق أو جاهلا ـ بهمـا أو لم يكن مسـلما أصـلا. نعم لو كـان ملتفتا الى الخيار و الى أنه يسـقط بالافتراق و هو معتقـد به لكان افتراقه كاشفا عن رضاه.

و ثالثا – انا سـلمنا أن الافتراق له ظهور نوعى فى الكاشفيه عن الرضا الا أنه لا قيمه له لعدم قيام الدليل على اعتبار الظهور النوعى، بل المعتبر الظهور الشخصى و هو مفقود هنا باعتراف المستدل.

و رابعا – ان الرضا بلزوم العقد لا يلازم سـقوطه، و من الممكن أن يكون راضيا به و لم يسقطه، بل لو صرح بالرضا و لم يسقط لا يسقط الخيار، لان الاسقاط أمر قصدى إنشائى فلا يحصل بلا قصد.

الثانى – ظهور بعض الروايات الدال على مسقطيه الافتراق،

و المسـتفاد منه أن المسـقط هو الافتراق الكاشف عن الرضا لا مطلق الافتراق، و هو ما رواه الفضـيل عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث قال: قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۸۷

...

قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «۱».

فان الروايه تدل على أن الافتراق مسقط للخيار بعد الرضا منهما، فمطلق الافتراق ما لم يكشف عن الرضا لا يكون مسقطا.

أقول:

ان فى قوله «بعد الرضا» احتمالات:

الاول: اراده الرضا بالعقد

بمعنى أنه لو تحقق العقد و لم يفسخ قبل الافتراق يلزم، فانه لو تحقق الرضا بأصل المعامله و حصل التفرق يلزم العقد.

الثانی: اراده الرضا ببقاء المعامله،

بمعنى ان العقد مرضی بقاء و لم يفسخ فی المجلس.

الثالث: أن يكون المراد ان الافتراق حيث حصل عن الرضا لا عن الاكراه فالعقد يلزم.

و ملخص الكلام أن المستفاد من دليل الخيار أنه باق الى حين التفرق و ان التفرق بنفسه مسقط للخيار.

(الجهه الثانيه) فی أنه هل الافتراق يحصل بمسماه و لو أقل من خطوه

كما يظهر ذلک من المصنف قدس سره، أو يعتبر فيه الخطوه كما هو قول بعض، أو لا بد فيه من الصدق العرفی؟ أقوال و البحث يقع تاره على مقتضى القاعده، و أخرى على مقتضى النص، فيقع البحث فی موضعين:

أما الموضع الاول فأفاد الشيخ ما حاصله ان معنى الافتراق مع كونهما مجتمعين حين العقد افتراقهما بالنسبه الى الهيئه الاجتماعيه الحاصله لهما حين العقد، فاذا حصل مسمى الافتراق ارتفع الخيار و ان كان أقل من خطوه، فلو تبايعا فی سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما. و يظهر من تصريح بعض التأمل فی كفايه الخطوه لانصراف الاطلاق الى أزيد منها فيستصحب الخيار. و الحق أنه

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من أبواب الخيار، الحديث (۳).

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۸۸

...

يكفی صدق الافتراق و لا خصوصيه للخطوه، فان الحكم مترتب على عنوان التفرق، و لا مجال للاستصحاب اذ لا مجرى له مع الاصل اللفظی، مضافا الى أن هذا الاستصحاب معارض باستصحاب عدم جعل الزائد.

و أما الموضع الثانی ففی المقام روايه عن محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر يقول: بايعت رجلا فلما بايعته قمت فمشيت خطا ثم رجعت الى مجلسی ليجب البيع حين افترقنا «۱».

فيستفاد منها ان الافتراق يحصل بمشی خطا و لا تكفی خطوه واحده أو خطوتان.

ان قلت: ان دلاله الروايه على عدم كفايه خطوه أو خطوتين مبتنيه على مفهوم اللقب، و هو منتف كما حقق فى الاصول.

قلت: ان اللقب ليس له المفهوم، الا أن الامام عليه السلام كان فى مقام بيان ما يجب به البيع و تحديده، و

مفهوم التحدید حجه کما بیناه مرارا، فیستفاد من الروایه أن الافتراق یحصل بما یصدق علیه الخطاء.

لعل القائلین بعدم کفایه الاقل من ثلاث خطوات تمسکوا بهذه الروایه، و التحقیق أن یقال: ان الروایه المذکوره حاکیه عن فعل الامام علیه السلام و لیس لها اطلاق لیستدل به علی عدم کفایه الاقل من الثلاث خطوات، و من المحتمل أن الخروج من مجلس البیع کان متوقفا علی مشی الخطی و لم یکن الافتراق حاصلا فی خصوص المجلس من أقلها. و علی أی حال لا تکون الروایه دلیلا علی اعتبار ثلاث خطوات فی حصول الافتراق. و الحاصل انه یمکن أن مجلس المعامله کان بحیث لا یتحقق الافتراق الا بما فعله، فان خصوصیات المجلس مجهوله لدینا.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من ابواب الخیار، الحدیث (۳).

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۸۹

قوله: مسأله المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن اکراه اذا منع من التخایر أیضا (۱).

(الجهه الثالثه) فی أنه هل یعتبر فی حصول الافتراق الحرکه من الطرفین أو یحصل بحرکه أحدهما و بقاء الاخر فی مکانه؟

الحق أن یقال: لا یعتبر الحرکه من الطرفین فی صدق الافتراق عرفا، و النص المتقدم آنفا أیضا دال علی ذلک، فانه علیه السلام قام و مشی خطی مع بقاء الطرف الاخر فی مکانه کما هو الظاهر من الروایه.

[مسأله المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إکراه إذا منع من التخایر أیضا]

اشاره

أقول: المسأله ذات صور أربع ثبوتا: الاولی أن لا یکون مکرها علی الافتراق دون التخایر، الثانیه أن یکون مکرها علی الافتراق و التخایر، الثالثه أن یکون مکرها علی الافتراق دون التخایر، الرابعه عکس الثالثه.

و المشهور علی ما نسب الیهم سقوط الخیار فی جمیع الاقسام الا فی صوره واحده و هی ما لو کان مکرها فی کلا الامرین.

و ما یمکن أن یقال فی وجه عدم تأثیر الافتراق و بقاء الخیار أمور:

الاول – الاجماع.

و فيه ان المنقول منه غير حجه و المحصل غير حاصل، و على فرض حصوله محتمل المدرك.

الثانى- الشهره الفتوائيه.

و فيه أنه قد ثبت فى محله عدم حجيتها.

الثالث- ان الظاهر من الدليل أن الافتراق المسقط للخيار هو ما يكون عن اختيار فما دام لا يكون اختياريا لا يكون مسقطا.

و فيه ان الفعل مركب من الماده و الهيئه، أما الماده فوضعت للدلاله على الحدث، و أما الهيئه فلدلاله على الانتساب مطلقا سواء كان اختياريا أم لا بل يصح الاستناد اليه، و ان كان الفعل الصادر عن الفاعل حال النسيان أو الغفله أو الاضطرار. و لذا ترى أن قوله «من أتلف مال الغير» أعم من الاختيار و غيره، اذ لا يعتبر فى اسناد الفعل الى الفاعل الا قيامه به أو صدوره منه، فمجرد اسناد الماده الى الفاعل المختار لا يوجب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۹۰

...

الظهور فى دخل الاختيار.

نعم فى ماده بعض الافعال خصوصيه يعتبر فيها القصد و الاراده كالتعظيم و غيره، الا أنه لا دخل له بالاسناد. اضف الى ذلك كله ان الاكراه لا يسلب الاختيار كما هو ظاهر، فلا موضوع لهذا التقريب أصلا.

(الرابع) حديث رفع الاكراه،

و هو قوله صلى اللّه عليه و آله «رفع عن أمتى تسعه، الخطأ و النسيان و ما اكرهوا عليه» «۱»، بتقريب أن حديث الرفع لا اختصاص له بالاحكام التكليفيه بل يعم الاحكام الوضعيه أيضا، فاذا أكره على الافتراق لا يترتب عليه الاثر المترتب على الافتراق الاختيارى.

و أورد عليه بوجهين:

الاول- ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله ان حديث الرفع مجعول امتنانا للامه فان بقاء الخيار و عدم ترتب الاثر على الافتراق و ان كان امتنانا لذى الخيار الا أنه خلاف الامتنان بالنسبه الى من عليه الخيار.

أقول: قد بينا فى بحث الاصول ان ما أفاده الاستاذ لا يساعد عليه، لعدم قيام الدليل على أن حديث الرفع يجرى فيما كان امتنانا

على جميع الامه، و قلنا انه يكفى فى جريانه أن يكون امتنانا بالنسبه الى من يجرى له و ان كان خلاف الامتنان

بالنسبه الى غيره.

و الثانى- ما أورد المحقق النائينى قدس سره بأن مورد بعض المرفوعات منحصر فى متعلق التكليف كالحد، و لا يجوز تعميم حديث الرفع لموضوعات التكاليف، و لذا لا يلتزم أحد بأنه لو أقام عن كره يجب عليه القصر.

---

(١) توحيد الصدوق باب الاستطاعه ص ٣۶۴، الوسائل، الجزء (١١) الباب (۵۶) من أبواب جهاد النفس.

...

و فيه: أولا- ان هذا خلاف مبناه فى الاصول، و ثانيا لا وجه لهذا التفصيل فانه كما حققنا فى الاصول لاختصاص له بمتعلقات الاحكام بل هو يجرى فى الموضوعات أيضا، فان فعل المكلف كما يقع متعلقا للتكليف كذلك يقع موضوعا له.

و أما وجوب التمام فى القصر فلا دلاله له على عدم شمول الحديث لموضوعات المكره عليها، لأنه متفرع على العلم باقامه عشره أيام و الاكراه على الاقامه و هى ليست موضوعا للحكم، بل الموضوع العلم بالاقامه عشره أيام و هو غير مكره، فما هو موضوع للإكراه ليس موضوعا للحكم، و ما هو موضوع للحكم ليس موضوعا للإكراه.

ان قلت: ان حديث الرفع متكفل لرفع الاحكام التكليفيه و أما الوضعيه فلا يشملها.

قلت: قد نقحنا فى محله بأنه لا اختصاص لحديث الرفع بالاحكام التكليفيه بل يعم الاحكام الوضعيه أيضا.

ان قلت: ان موضوع خيار المجلس عباره عن الاجتماع، و الاكراه انما وقع على الافتراق و هو ضد الاجتماع، و هو ليس موضوعا للحكم بل هو غايه و طرف لما هو موضوع الحكم، فلا وجه أن يتمسك بحديث الرفع للمقام.

قلت: ان فى المقام موضوعين: أحدهما اجتماع و حكمه الخيار، و الاخر افتراق و حكمه لزوم العقد، فالافتراق موضوع للزوم البيع اذا حصل عن اختيار و أما اذا اكره عليه فلا

يترتب عليه حكمه أعنى لزوم العقد، و لا يكون لازما بل يبقى على جوازه الذى كان قبل الافتراق.

اذا عرفت ما ذكرنا فاعلم أنه يمكن أن يقال: ان حديث الرفع ناظر الى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۹۲

...

الافعال التى يعتبر فيها القصد و الاختيار، و بعباره أخرى المستفاد من الحديث أن الفعل بما أنه صادر عن الفاعل لو كان موضوعا لحكم يرتفع ذلك الحكم عند الاكثر، و أما لو كان الاثر مترتبا على معنى اسم المصدر و لا يعتبر فيه القصد فلا مجال للحديث و التمسك به.

(الخامس) ما رواه فضيل عن أبى عبد اللّه عليه السلام

حيث قال عليه السلام:

فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا «۱»، بدعوى أن المستفاد من الروايه أن الافتراق بما أنه دال على الرضا يسقط الخيار ففيما لا يكون كذلك لا يكون مسقطا.

و فيه: انه لا شبهه أن الافتراق غير دال على الرضا فيما لا يكون الشخص غير معتقد بالشرع، أو يكون جاهلا بالحكم، أو يكون غافلا عنه، مضافا الى ان الاسقاط أمر قصدى و لا يحصل بمجرد الرضا. فهذا الدليل أيضا غير تام.

و حيث ظهر أن مقتضى القاعده سقوط الخيار حتى مع الاكراه بالنسبه الى كلا الامرين يظهر أن الحق سقوطه فى القسمين الاخيرين بالاولويه. و ان شئت قلت: لو أكره على التفرق و بقى مختارا يصدق انه باختياره لم يفسخ قبل التفرق، كما أنه لو اكره على عدم الفسخ و بقى مختارا بالنسبه الى الافتراق يصدق أنه باختياره فارق مجلس العقد.

و ربما يتمسك لبقاء الخيار بالاستصحاب- أى استصحاب الخيار، و لا مورد له، فانه لا مجال للأصل مع الدليل، و المفروض أن مقتضى اطلاق الدليل سقوطه مضافا الى أن هذا الاصل معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فلاحظ.

---

(۱) الوسائل، الجزء

(۱۲) الباب (۱) من أبواب الخيار، الحديث (۳).

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۹۳

[مسأله لو أكره أحدهما على التفرق و منع من التخاير و بقی الآخر فی المجلس]

قوله قدس سره: مسأله لو اكره أحدهما على التفرق و منع من التخاير و بقی الاخر فی المجلس فان منع من المصاحبه و التخاير (۱).

أقول: لا يخفى أنه لا يبقى مجال لهذا البحث على ما سلكناه من عدم تأثير الاكراه و ان الخيار يسقط لا محاله بحصول التفرق، فانه لو أكره أحدهما مع اختيار الاخر فيدخل الفرض فی المسأله السابقه و أما مع اكراه الاخر أيضا من المصاحبه، فمقتضى الاطلاق سقوط الخيار بحصول الافتراق.

و أما لو قلنا بتأثير الاكراه و شمول حديث الرفع للمقام فلا بد من البحث فنقول للمسأله صورتان: «احداهما» ما لو أكره أحدهما على التفرق و منع من التخاير و بقی الاخر مختارا، «ثانيتهما» عكس الاولى.

و الصوره الاولى من الصورتين وقعت محل البحث، و اذا ظهر الحكم فی الصوره الاولى يظهر فی الصوره الثانيه، و الاقوال حسب ما يظهر من كلام المصنف قدس سره أربعه: سقوط الخيار عنهما، و بقاؤه بالنسبه الى كليهما بالنسبه الى المكره، و سقوطه بالنسبه الى المختار فيما فارق المجلس، و بقاؤه بالنسبه اليه ما دام باقيا فی المجلس.

و العمده فی المقام النظر الى الادله، فان الدليل لو كان الاستصحاب فمقتضاه بقاء الخيار بالنسبه الى كليهما مطلقا، لكن قلنا بأن الاستصحاب فی الحكم الكلی معارض بعدم الجعل، و بعد التعارض تصل النوبه الى عموم وجوب الوفاء.

و ان كان المدرك الاجماع، فلا اجماع، اذ نرى أن الاقوال مختلفه، و على تقدير تحققه و غض النظر عن كونه مدركيا لا اجماع بالنسبه الى المختار.

و ان كان المدرك حديث الرفع فمقتضاه بقاء الخيار بالنسبه الى كليهما، اذ

المدعى على هذا الفرض أن التفرق المسقط ما يكون بالاختيار، و حيث أنه ليس

...

اختياريا فالخيار باق على حاله، لكن ذكرنا أن الحديث لا يشمل المقام، اذ القصد و الاختيار لا يكونان دخيلين فى الموضوع. و ان كان المدرك التبادر المدعى فالخيار باق، لان المتبادر من الدليل خلافه.

و ان كان المدرك تبادر الافتراق بما اذا كان ذلك عن رضاء، فالافتراق الاكراهى لا يكون مسقطا للخيار، لكن ذكرنا انه لا منشأ لهذا المدعى و لا يتبادر من اللفظ هذا المعنى.

و ان كان المدرك صحيحه الفضيل المذكوره آنفا حيث قال عليه السلام «فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» «۱» بدعوى أنه يستفاد منها لزوم كون الافتراق عن الرضا و مع عدم الرضا من جانب واحد لا يتحقق الغايه فالخيار باق.

فيرد عليه: انا علمنا من الخارج أن الافتراق لو حصل من طرف مع الرضا يسقط الخيار و لا يلزم أن يكون ناشئا عن رضا الطرفين.

و ربما يقال: بأن صحيح فضيل يقيد بما رواه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام، حيث أنه يدل هذا الخبر على أن الافتراق من طرف واحد يكفى فيقيد به صحيح فضيل.

و يرد عليه: انه لا وجه لهذا النحو من الجمع، بل الامر بالعكس، اذ خبر ابن مسلم يدل على الكفايه بالاطلاق، و المفروض أن صحيح فضيل يدل على المقصود و يستفاد منه لزوم الافتراق عن رضى الطرفين، و قاعده الاطلاق و التقييد تقتضى حمل المطلق على المقيد دون العكس. فلاحظ.

و لا يخفى أن هذا البحث تقديرى و الا فقد سبق منا أنه ليس المراد من

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من أبواب الخيار، الحديث (۳).

قوله: مسأله لو زال الاکراه فالمحکی عن الشیخ و جماعه امتداد الخیار بامتداد مجلس الزوال (۱).

الرضـا الرضـاء ببقـاء العقـد و لزوم المعامله، فان کثیرا من المتعاملین خارج عن الشـرع أو من الجاهلین بوجود خیار المجلس فی الشرع أو ناسیین له، و الحال أن افتراقهما مسقط للخیار.

بل یمکن أن یکون المقصود أنه اذا وقع المعامله و کان المتعاملان راضـیین به فلا خیار، أی بعد رضاهما بأصل العقد من ناحیه، و انقضاء المجلس من ناحیه اخری، فلا خیار و یکون العقد لازما.

[مسأله لو زال الإکراه فالمحکی عن الشیخ و جماعه امتداد الخیار بامتداد مجلس الزوال]

أقول: لاـ یخفی أن هـذا البحث مبتنی علی القول بتمـامیه أدله بقاء الخیار و أما علی ما اخترناه و بیناه من عـدم تمامیتها فلا مجال لهذا البحث، فنقول:

علی تقدیر الالتزام بأن الاکراه مؤثر فی بقاء الخیار فیقع الکلام فی أن الخیار فوری، أو یبقی الی انقضاء مجلس زوال الاکراه، أو یبقی الی أن یحصل مسـقط آخر من المسـقطات. فالوجوه المتصوره فی المقام ثلاثه: الاول الفوریه بدعوی ان الضرورات تتقدر بقدرها، الثانی أن المیزان التفرق عن مجلس زوال الاکراه بتقریب ان الاکراه ما دام باقیا لا اعتبار بالافتراق، الثالث بقاء الخیار الی زمان حصول مسقط آخر بدعوی أنه بالاکراه سقط هذا المسقط عن الاعتبار.

و التحقیق أن یقـال: بنـاء علی القول بتمامیه أدله بقاء الخیار و دلالتها علی عـدم سـقوطه بالافتراق عن اکراه فلا بـد من النظر الی مـدرک بقاء الخیار و دلیله، فان کان الـدلیل هو الاجماع فلا بد أن یقال: بفوریه الخیار بعد زوال الاکراه و بسـقوطه اذا لم یختر، فان القدر المتیقن من بقاء الخیار ما اذا کان مکرها علی الافتراق، و أما بعد الزوال فیسقط الخیار الا أن یأخذ

بالخيار فورا، فان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۹۶

...

هذا البحث يكون من صغريات الكبرى الكلى المعروف، و هو أن بعد تخصيص العام يكون المرجع استصحاب الحكم المخصص أو عموم العام، و على القول الاول لا بد أن يقال بعدم لزوم الفوريه. و الحق هو الثانى، فان استصحاب الحكم الكلى معارض بعدم الجعل، مضافا الى أنه مع وجود الدليل اللفظى لا تصل النوبه الى الاصل العملى.

و لا فرق فيما ذكر- أى فى الاخذ بعموم العام- بين أن يكون التخصيص من الاول أو من الوسط، كما أنه لا فرق بين أن يكون العموم استغراقيا أو مجموعيا، فان المرجع عموم العام، و هو فى المقام قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و أما اذا كان المدرك التبادر بأن نقول يتبادر من الدليل أن الموضوع الافتراق عن الرضا فيكون أمد الخيار و غايته الافتراق الاختيارى الصادر عن اراده و رضاء، و أما الافتراق المحقق عن اكراه فليس افتراقا عن رضاء، فلا يمكن أن يتحقق به غايه الخيار، و اما الافتراق الاخر المتحقق مع الرضا الذى به ينتهى أمد الخيار فلا يمكن أن يتحقق ثانيا الا بدعوى القول باعاده المعدوم ثانيا و هو مما امتنع فيكون الخيار باقيا الى أن يسقط بمسقط آخر حتى على القول بانصراف الدليل عن مورد لا يكون الافتراق ممكنا كالمتلاصقين اذ الافتراق فى المقام امر ممكن كما هو ظاهر.

و اما اذا كان المدرك صحيحه الفضيل المتقدمه آنفا و هى قوله عليه السلام «فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» بتقريب أن يكون المراد منه الرضا بلزوم العقد، فعلى هذا أيضا يبقى الخيار الى أن يسقط بمسقط آخر بنفس التقريب الذى بيناه، و حاصله ان غايه خيار المجلس عباره

عن الافتراق الناشئ عن الرضا بلزوم العقد، و أما الافتراق المتحقق عن اكراه فلا يكون غايه للخيار،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۹۷

قوله: و من مسقطات هذا الخيار التصرف على وجه يأتى فى خيارى الحيوان و الشرط (۱).

فالافتراق الحاصل غير مؤثر و ما يكون مؤثرا لا يكون قابلا للتحقق.

و أما اذا كان المدرك حديث الرفع- بأن يكون الافتراق عن اكراه مسلوب الاثر- فالامر أيضا كذلك، فان الاكراه يرفع أثر الافتراق الاكراهى. و ان شئت قلت: الافتراق تحقق وجدانا لكن الاكراه رفع أثره، و الاجتماع العقدى زال و لا يعود الا على القول باعاده المعدوم، و هو أمر محال.

ان قلت: ان حديث الرفع يقتضى أن يكون التفرق الكرهى كلا تفرق، و بعد رفع الاكراه نأخذ باطلاق الدليل و نقول بأن الافتراق بحدوثه لا يسقط الخيار لكن يسقطه بقاء.

قلت: المستفاد من الدليل أن الرافع للخيار حصول الافتراق، فما حصل لا يؤثر و المؤثر لا يتحقق. و بعباره أخرى: ان المستفاد من الدليل ان المسقط الافتراق عن المجلس اختيارا و من المعلوم أنه لم يتحقق و لا يكون قابلا للتحقق.

فانقدح مما ذكرنا أنه لا وجه للقول بالفوريه الاعلى القول بكون المدرك الاجماع، كما أنه لا وجه للقول بكون المناط زوال مجلس الاكراه بدعوى أن حديث الرفع يجعل مجلس العقد باقيا، فالميزان بالتفرق عن هذا المجلس، اذ المستفاد من دليل رفع الاكراه رفع الحكم عند الاكراه و لا يثبت موضوع الخيار. و بعباره أخرى: حديث الرفع ينفى الموضوع، أى لا يسقط الخيار لان الافتراق لم يحصل، و لا يستفاد منه أن موضوع الخيار و هو مجلس العقد باق بحاله.

[الرابع من مسقطات هذا الخيار التصرف]

اشاره

ما يمكن أن يذكر فى وجه كون التصرف مسقطا لخيار

المجلس أمور:

(الامر الاول) الروايات الوارده فى خيار الحيوان:

منها ما رواه على بن رئاب عن أبى عبد اللّه عليه السلام: فان أحدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثه الايام فذلك رضى منه فلا شرط «۱».

و منها أيضا ما رواه على بن رئاب عن أبى عبد اللّه عليه السلام فقال: اذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط «۲».

تقريب الاستدلال بهما أن الامام عليه السلام رتب سقوط الخيار على التصرف بقوله «فان أحدث المشترى فلا شرط» أو «فقد انقضى الشرط»، و الروايتان و ان وردتا فى باب خيار الحيوان الا أن جوابه عليه السلام أعم منه، و المتفاهم العرفى أن التصرف مطلقا سواء كان فى حيوان أو فى غيره مسقط للخيار.

و الجواب عنه نقضا و حلا:

أما النقض فبما مر فى خيار المجلس فى صحيحه الفضيل، حيث قال عليه السلام «فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، تقريب النقض أن سقوط الخيار فى الصحيحه مترتب على الافتراق، فلا بد من الالتزام بسقوط مطلق الخيار بالتفرق للإطلاق المدعى، و هو كما ترى.

و أما الحل فان المستفاد من الروايه أنه يسقط خيار الحيوان بالتصرف لا مطلق الخيار فان مورد السؤال خيار الحيوان، و هذا لا من جهه خصوصيه السؤال، اذ المناط اطلاق الجواب، بل المدعى أن العرف لا يفهم الاطلاق من الكلام و لا أقل من الاجمال، و الظاهر أن الروايه الاولى ليس فيها سؤال لكن المستفاد منها ليس مطلق الخيار.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۴) من أبواب الخيار، الحديث (۱).

(۲) نفس المصدر، الحديث (۳).

...

مضافا الی أنه اذا أغمضنا عما ذكرنا و قلنا ان التصرف مسقط

للخيار بمقتضى الروايه الا أنه لا بد أن نقول بأن تصرف المشترى مسقط لخياره، و لا وجه للتعدى الى البائع، فان المتفاهم من الروايات الوارده فى خيار الحيوان أن تصرف المشترى مسقط لخياره، فلا وجه للقول بكون التصرف مسقطا للخيار على الاطلاق.

ان قلت: اذا ثبت أن التصرف فى الجمله و لو من المشترى مسقط للخيار فيكون تصرف البائع أيضا مسقطا لعدم القول بالفصل.

قلت: ان عدم القول بالفصل ان كان مرجعه الى الاجماع فلا يترتب عليه الاثر، فان المنقول منه ليس حجه و المحصل منه غير حاصل، و ان لم يرجع الى الاجماع فعدم اعتباره أوضح من أن يخفى.

أضف الى ذلك كله أنه لو التزم بهذا القول يلزم أن يسقط الخيار من الطرفين بتصرف أحدهما للإطلاق، و أنى لنا بذلك و لا يلتزم به أحد.

و لو أغمضنا عن جميع ذلك فنقول: يقع التعارض بين الدليل الدال على أن التصرف مسقط للخيار و بين قوله «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، فان مقتضى هذه الروايه جواز البيع ما لم يفترقا سواء تصرف فيه أم لا، و مقتضى ذلك الدليل سقوط الخيار، و النسبه بين الدليلين عموم من وجه، فيتعارضان فى مورد الاجتماع بالاطلاق فيسقطان عن الاعتبار، فتكون المسأله داخله تحت النزاع المعروف بأن المرجع بعد تخصيص العام استصحاب حكم المخصص أو عموم العام. و الحق هو الثانى، فالمرجع عموم دليل وجوب الوفاء، فان عموم العام محكم بما اذا كان التخصيص من الاول، مضافا الى أن الاستصحاب لا يجرى فى الحكم الكلى للمعارضه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۰۰

(الامر الثانى) عموم التعليل الوارد فى الروايه،

و هو قوله عليه السلام: فان أحدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثه الايام فذلك رضى منه فلا شرط «۱».

توضيحه

أنه يشترط فى القضيه الشرطيه التناسب بين المقدم و التالى، بأن يكون ارتباط خاص بينهما، بحيث كلما يتحقق المقدم يكون التالى محققا، كالارتباط الحاصل بين الشمس و النهار.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن الروايه المذكوره قد تشكلت من مقدم أعنى قوله «اذا احدث ... » و التالى أعنى قوله «فذلك رضى منه»، و لا- يرى ارتباطا بين احداث الحدث و الرضا، فان معنى الرضا بالبيع اسقاط الخيار، فلا بد أن يلتزم بأن العله قامت مقام الجزاء فى المقام، أى ان أحدث المشترى حدثا فالخيار ساقط، كما يلتزم ذلك فى قوله تعالى «ان كذبوك فقد كذب رسل من قبلك»، أى ان كذبوك فلا تحزن. و على هذا يكون معنى الروايه ان الشارع جعل احداث الحدث مسقطا للخيار، و هو سبب لسقوطه، و بما أن العله تعمم و تخصص كما فى قوله «الخمر حرام لأنه مسكر» يتعدى الى موارد أخر أيضا و يحكم بسقوط الخيار بالتصرف.

و الجواب عنه: ان القانون الكلى الذى ذكرتم- و هو أن العله تعمم و تخصص- غير قابل للإنكار الا أنه لا ينطبق على المقام، فان تشخيص العله فى قوله «الخمر حرام لأنه مسكر» بيد العرف و يلتزم بتسريه الحكم الى كل مورد تكون هذه العله موجوده، و أما فى المقام فالعله عباره عن اسقاط الشارع، و من الظاهر أنه فى كل مورد يتحقق هذا الحكم من الشرع نلتزم به، لكن الكلام فى ثبوت هذا المعنى و لم يثبت فى غير خيار الحيوان.

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

قوله: الثانى خيار الحيوان، لا خلاف بين الاماميه فى ثبوت الخيار فى الحيوان للمشترى (١).

(الامر الثالث) أن يكون التصرف فى البيع كاشفا نوعيا عن الرضا بلزوم العقد،

و

المسقط التصرف الذى له كاشف نوعى عن الرضا.

و الجواب عنه:

أولا- ان التصرف بما هو ليس بكاشف نوعى عن الرضا بلزوم البيع، فان بينهما فى مقام الاثبات عموم من وجه فكيف يكشف أحدهما عن الاخر.

و ثانيا- على فرض كونه كاشفا انما يكون له هذا الكشف فيما يكون المتصرف متوجها، و أما الغافل أو من لا يكون معتقدا بالدين فلا يتم فى حقه هذا التقريب.

و ثالثا- ان اسقاط الخيار أمر قصدى إنشائى لا يحصل بمجرد الرضا.

فانقدح مما ذكرنا أنه لا وجه للقول بكون التصرف مسقطا لخيار المجلس.

هذا تمام الكلام فى خيار المجلس.

[القسم الثانى خيار الحيوان]

اشاره

اقول: لا خلاف بين الاماميه فى ثبوت خيار الحيوان و لا اشكال فى ثبوته فى الجمله، و تدل عليه جمله من النصوص: منها ما رواه الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: فى الحيوان كله شرط ثلاثه ايام للمشترى، و هو بالخيار فيها ان شرط او لم يشترط ... «١» و غيره من النصوص الوارده فى المقام، و انما الاختلاف فى خصوصياته،

و التحقيق فيها يقع فى ضمن فروع:

(الفرع الاول) انه هل يختص خيار الحيوان بالحيوان المقصود حياته،

فمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز فى الاناء يكون خارجا أو يعم ذلك.

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من أبواب الخيار، الحديث (١).

أفاد سیدنا الاستاذ دام ظله اختصاصه بالحیوان المقصود حیاته، و لکن التحقیق أن یقال: ان مقتضی الاطلاقات الوارده فی الباب عمومه لکل ذی حیاه، سواء کان المقصود حیاته أم لا.

(الفرع الثانی) انه هل یکون تلف الحیوان فی أیام الثلاثه ممن لا خیار له أم لا؟

و الظاهر أنه ممن لا خیار له لقاعده ان التلف فی زمن الخیار فهو ممن لا خیار له. نعم اذا علم المشتری بالحال و اشترط علیه أن الخسران علیه یکون الخسران علی البائع، لکن هذا فرض خارج عن محل الکلام.

(الفرع الثالث) فی منتهی خیار الحیوان،

و فیه وجوه ثلاثه: أحدها استمراره الی الثلاثه، ثانیها بقاؤه الی الثلاثه مع بقاء الحیاه و الی زمان موته ان فرض موته قبل الثلاثه، ثالثها کونه فوریا.

و الحق أن یقال: ان الامر دائر بین ثبوت الخیار و بقائه الی الثلاثه و عدمه، اذ دلیل الخیار اما یشمل و اما لا یشمل، فعلی فرض الشمول یثبت الخیار و یبقی الی الثلاثه و لو مع تلف العین فان موضوع الخیار هو العقد لا العین کی یتوجه اشکال بقاء الخیار بلا موضوع، مضافا الی أنه اشکال عام فی جمیع موارد الخیار و الجواب ما ذکرنا.

(الفرع الرابع) ان هذا الخیار هل یختص بالمبیع المعین أو یعم الکلی أیضا؟

اشاره

أفاد المصنف قدس سره ان المنساق فی النظر من الاطلاقات هو الاول، و المتراءی من النص و الفتوی هو الثانی.

و یرد علیه: أولا أنه لا یوجد نص خاص فی المقام و الادله منحصره فی الاطلاقات، و ثانیا اذا کان العموم مستفادا من النص فلما ذا اختار الاختصاص.

و الانصاف عمومه للبیع الکلی أیضا، سواء کان الکلی فی الذمه أو فی

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۰۳

...

المعین، و ذلک للإطلاق.

و يؤكد المدعى ما رواه فضيل: سئل ما الشرط فى غير الحيوان أولا، فأجاب عليه السلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا. و سأل السائل بقوله: ما الشرط فى الحيوان ثانيا، فأجاب عليه السلام: ثلاثه ايام للمشترى «۱».

و فى خيار المجلس لم يلتزم أحد باختصاصه بالشخصى، و لا وجه لاختصاصه به فى المقام، مع أن سياق الروايه واحد، فكما أن خيار المجلس لا يختص بالمبيع الشخصى فكذلك خيار الحيوان، و التفصيل بينهما خلاف ظاهر الروايه.

و ما يمكن أن يقال فى وجه اختصاص خيار الحيوان بالمبيع الشخصى أمران:

(أحدهما) الانصراف،

بدعوى أن الدليل منصرف عن الكلى لقله وجوده بالنسبه الى الشخصى.

و يرد عليه: أولا ان المدرك المذكور بعينه موجود فى الكلى فى المعين، فانه أيضا أقل وجودا من المبيع الشخصى، و المستدل لا بد أن يلتزم بعدم جريان خيار الحيوان فيه أيضا و هو لا يلتزم به.

و ثانيا- ان الكلام المذكور جار فى خيار المجلس أيضا، فلما ذا لا يقول باختصاص خيار المجلس بالشخصى.

و ثالثا- ان الاطلاق لا يكون منصرفا عن الفرد النادر، نعم لا يكون منصرفا اليه و بينهما بون بعيد فلا يختلط أحدهما بالاخر.

و رابعا- ان قله الوجود قد تكون نسبيه، فان الشى ء، ربما يكون بالنسبه الى شى ء آخر قليل الوجود و ان كان يوجد فى الخارج كثيرا فى نفسه، و الاطلاق

على فرض انصرافه عن الوجود النادر انما ينصرف عنه اذا لم يكن من هذا القبيل بل كان نادرا فى نفسه.

(ثانيهما) ان حكمه جعل الخيار و تشريعه للتروى فى المبيع بأنه معيب أم لا،

---

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (١ و ٣) من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ۵.

قوله: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى (١).

و لا محل للتروى فى المبيع الكلى.

و فيه: أولا ان العيب بنفسه موجب للخيار للشرط الضمنى الارتكازى، فلا تكون الحكمه هو العيب.

و ثانيا- أغمضنا عما ذكرنا لكن نقول: ما الدليل على هذا المدعى، فانه من الممكن أن يكون الوجه للخيار التروى و اختيار أحد الطرفين.

و ثالثا- ان ملاك تشريع خيار الحيوان لو كان ما ذكره المستدل فلا بد أن يلتزم بعدم خيار الحيوان فيما اذا كان المشترى عالما بالعيب فى الحيوان، و هو كما ترى.

و رابعا- أنه سلمنا أن حكمه جعل خيار الحيوان حل العقد فى صوره ظهور العيب فى المبيع الا أنها غير موجبه لقصر الحكم على موردها. و بعباره أخرى:

ان الحكم لا- يكون مقصورا على مورد وجود الحكمه، و الفرق بين الحكمه و العله أن الحكم عام فى الاول و دائر مدارها فى الثانى. فتحصل من جميع ما ذكرنا أن خيار الحيوان لا يختص بالمبيع الشخصى بل يعم الكلى أيضا، سواء كان كليا فى المعين أو فى الذمه.

[المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى]

اشاره

أقول: يقع البحث فى مقامين: أحدهما ان خيار الحيوان يختص بالمشترى او يعم البائع أيضا كما ذهب اليه السيد المرتضى، ثانيهما انه اذا كان الثمن حيوانا أيضا هل يثبت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان أم يثبت الخيار فيما يكون الحيوان منتقلا- الى المشترى. و يجمع الفرعين ما لو بيع بقرشاه.

(أما المقام الأول) و هو ما لو بيع بقر بعشره دنانير فهل يثبت الخيار للبائع كما يثبت للمشترى أو لا يكون الا للمشترى

اشاره

المشهور فيما بينهم أنه لا يثبت الا للمشترى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۰۵

...

بل عن الغنيه و الدروس الاجماع على عدم ثبوته للبائع. و فى قبال هذا قول بثبوته للبائع أيضا، ذهب اليه المرتضى و ابن طاوس، بل عن الانتصار دعوى الاجماع عليه،

و ما يمكن أن يقال فى وجه ثبوته للبائع أمور:

الاول – الاجماع.

و يرد عليه: أولا- انه اجماع منقول و ليس حجه، و ثانيا انه معارض بخلافه كما مر عليك، و ثالثا أنه كيف يمكن تحصيل الاجماع مع ذهاب المشهور الى خلافه، و رابعا انه على فرض تحققه محتمل المدرك و لا يكون تعبديا.

و من الممكن أن يكون الوجه فى ادعاء الاجماع كونه على وفق الاصل، أى الاستصحاب ببعض التقريبات، فانه ربما يكون الوجه فى ادعاء الاجماع فى كلام القدماء كون الحكم موافقا للأصل.

الثانى – استصحاب جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس

و فيه أولا- ان الدليل أخص من المدعى، لا- مكان سقوط خيار المجلس بالاصاله أو بالعرض، ففى مثل هذا المورد لا يجرى الاستصحاب.

و ثانيا- ان هذا الاستصحاب من قبيل جريان الاستصحاب فى القسم الثالث من الاستصحاب الكلى، لان الشك فى ارتفاع الكلى و عدمه ناش من احتمال وجود آخر مقارنا للفرد المعلوم ارتفاعه، و الاستصحاب المذكور غير جار كما حقق فى محله.

و ثالثا- ان الاستصحاب فى الحكم الكلى معارض بأصاله عدم الجعل الزائد كما بيناه مرارا و حققناه فى محله.

الثالث – ما رواه محمد بن مسلم عن ابى عبد اللّه عليه السلام

قال: المتبايعان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۰۶

...

بالخيار ثلاثه ايام فى الحيوان و فيما سوى من ذلك من بيع حتى يفترقا «۱» و هذه الروايه تامه دلاله و سندا، فانه يستفاد منها تعميم الخيار للبائع و المشترى، الا أن فى مقابلها نصوص تدل على اختصاص الخيار بالمشترى، فلا بد من ملاحظه المجموع و اجراء القواعد عليه، فانتظر فانا نتعرض له عن قريب إن شاء اللّه.

و استدل للقول المشهور بوجوه أيضا:

منها- الاجماع.

و يرد عليه ما ورد فى سابقه.

و منها- عموم دليل وجوب الوفاء،

فانه يدل على لزوم العقد مطلقا و انما خرج عنه المشترى فيما اذا كان المبيع حيوانا و بقى الباقى تحته.

و لا وجه لما ذكره الشيخ قدس سره من فرض الكلام فيما لا يوجد خيار المجلس و اتمام الكلام فى غيره بعدم القول بالفصل، اذ فيه أولا- ان عموم العام محكم أعم من أن يكون له عموم الزمانى أم لا، و لا يجرى استصحاب الحكم الخاص، و على تقدير القول به انما نلتزم به فيما يكون التخصيص من الوسط لا من الاول كما فى المقام. و ثانيا ان الاجماع لا يكون حجه فكيف بعدم القول بالفصل.

و منها- النصوص الداله على أن البيع يلزم بالافتراق فنلتزم باللزوم من طرف البائع فيما يكون المبيع حيوانا

و نلتزم بالجواز من طرف المشترى، و من تلك النصوص ما رواه الفضيل بن يسار عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال:

قلت له ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشترى. قلت: و ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا ... «۲».

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من أبواب الخيار، الحديث (۳).

(۲) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب ۱ و ۳ من أبواب الخيار، الحديث ۳ و ۵.

...

ان قلت: ان فی الروایه المذكوره فصل بین الحیوان و غیره، بأن الخیار فی غیر الحیوان ما لم یفترقا و الخیار فی الحیوان ثلاثه ایام، و التقسیم قاطع للشركه فلا یشمل ما یكون المبیع فیه حیوانا.

قلت: بناء علی هذا لا بد أن نلتزم بعدم ثبوت خیار المجلس فی الحیوان، و هو كما تری. هذا أولا و ثانیا ان الدلیل لا ینحصر فی هذا الخبر كی یجری هذا البیان، لاحظ صحیح الحلبی علیه السلام قال فیه: أیما رجل اشتری من رجل بیعا فهما بالخیار ما لم

يفترقا فاذا افترقا وجب البيع «۱» فانه ليس فى هذا الخبر و مثله تفصيل كى يكون قاطعا للشركه.

و قد استشكل المحقق الايروانى على الشيخ بوجهين:

الوجه الاول: ان تمسك الشيخ لاختصاص خيار الحيوان بالمشترى بعموم «اذا افترقا وجب البيع» غير سديد، اذ معنى وجوب البيع هو عدم قابليته للانحلال، فاذا ثبت الخيار و لو لأحد المتبايعين لم يكن البيع واجبا بل كان مما يتطرق اليه الفسخ، و حينئذ فاذا ثبت الخيار للمشترى فى المقام ذهب قوله «وجب البيع» من قبيل العام و دليل الخيار لأحد المتبايعين من قبيل المخصص كى يتمسك بعموم وجب بالنسبه الى الاخر، و كأنه اشتبه الامر على المصنف و قاس المقام بخطاب «أَوْفُوا».

و الحق أن يقال: ان الامر اشتبه على هذا المحقق، فان معنى الخيار ملك فسخ عقد و حله، فان حل العقد قد يكون بيد المشترى و قد يكون بيد البائع، و ثالثه بيد الاجنبى و رابعه لا يكون قابلا للانحلال. و لا مانع من أن يكون حل

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۲) من أبواب الخيار، الحديث (۴).

...

العقد بيد المشترى بخيار الحيوان دون البائع تمسكا بعموم دليل الافتراق، و أى فرق بين المقام و بين خطاب «أَوْفُوا»، فكما يجوز أن يتمسك بأوفوا لوجوب الوفاء بالنسبه الى المتبايعين الذى اذا خرج أحدهما يبقى الاخر تحت دليل وجوب الوفاء، فكذلك المقام، فما أفاده قدس سره ادعاء محض، و الامر مشتبه عليه لا على الشيخ قدس سره.

(الوجه الثانى) ان الوجوب المستفاد من قوله «فاذا افترقا وجب البيع» وجوب اضافى لا وجوب بقول مطلق، فان الخيار المنفى فى الذيل هو الخيار المثبت فى الصدر لا مطلق الخيار.

و الجواب عنه:

أولا ان قوله «وجب البيع» له اطلاق متفاهم عند العرف.

و بعباره أخرى: لا مانع من الاطلاق و لا دليل على التقييد.

و ثانيا- انه على فرض التسليم يختص هذا الاشكال بما فيه لفظ فاء التفريع و أما ما ليس فيه التفريع فلا مجال لهذا التوهم. لاحظ موثق عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجل اشترى جاريه بثمن مسمى ثم افترقا. قال: وجب البيع «۱».

و منها- جمله من النصوص،

و من تلك النصوص ما رواه محمد بن مسلم:

البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام «۲».

بتقريب أن الاختصاص يعلم من التقابل الذى وقع بين خيار المجلس و الحيوان، و لو لا ذلك لم يكن وجه للتقابل.

و منها- ما رواه على بن اسباط

عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال:

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۲) من ابواب الخيار، الحديث (۵).

(۲) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من ابواب الخيار، الحديث (۱).

...

سمعته يقول: الخيار فى الحيوان ثلاثه للمشترى. و تقريب الاستدلال بها واضح لكن الروايه ضعيفه بعلى بن محمد «۱».

و منها- ما رواه على بن رئاب

قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشترى أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثه ايام نظره «۲».

فانه لا شبهه فی دلاله الروایه علی الاختصاص، و لا یرتبط بمفهوم اللقب و الوصف.

ان قلت: هذه الروایه وارده فی الجاریه و لا اطلاق فیها.

قلت: أولا انه یفهم من سؤال الراوی انه کان عالما بأصل الکبری بأن الخیار مجعول فی مورد الحیوان الذی منه الجاریه، و انما کان جاهلا بالخصوصیات.

و بعباره أخری: یفهم من السؤال انه انما سأل عن الجاریه من باب انها حیوان.

و ثانیا لو فتح باب هذا الاشکال یشکل اجراء الحکم فی العبد و الامه، فان عنوان الجاریه لا یصدق علی العبد و الامه، و هو کما تری.

و منها- ما رواه فضیل

قمّی، سید تقی طباطبایی، دراساتنا من الفقه الجعفری، ۲ جلد، مطبعه الخیام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفری؛ ج ۴، ص: ۱۰۹

عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: قلت له: ما الشرط فی الحیوان؟ قال: ثلاثه أیام للمشتری «۳».

فان دلاله الروایه علی الاختصاص مما لا ینکر و لا یرتبط بمفهوم الوصف و اللقب، فانه علیه السلام أجاب بعد السؤال عمن یکون له الخیار، بل نقول یفهم الاختصاص من الکلام و لو مع عدم سبق السؤال، فان الاختصاص یفهم

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من ابواب الخیار، الحدیث (۸).

(۲) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من ابواب الخیار، الحدیث (۹).

(۳) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من أبواب الخیار، الحدیث (۳).

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۱۰

...

من حرف الجر.

و قد استشكل المحقق الايروانى بأن اللام فى قوله «ثلاثه أيام للمشترى» للغايه لا للاختصاص بأن جعل الخيار لأجل رعايه

حال المشترى لاـ أن المجعول له الخيار هو المشترى. الا أنه قدس سره قد التفت بفساده و لذا عدل عن ذلک و افاد بأن فى النفس من حمل اللام على الغايه شى ء سيما مع صراحه صحيحه ابن رئاب فى الاختصاص فتكون قرينه للبقيه. و الحق كما أفاده و الجمله المذكوره ظاهره فى الاختصاص بلا كلام.

ان قلت: ان الجمله المذكوره و ان كانت ظاهره فى الاختصاص الاـ أن الاختصاص الذى تفيده اللام ليس الا أن المشترى لا شريک له فى حق الخيار و انه مستقل فى اعماله، لا أنه ليس فرد آخر من الحق قائما بآخر كما هو محل الكلام.

و بعباره أخرى: ان اللام تدل على الاختصاص و لا تدل على الانحصار.

قلت: ان الامر و ان كان كذلک فان الاختصاص لا يدل على الانحصار فان اللام فى قوله «الجل للفرس» للاختصاص و هو لا يدل على الانحصار لإمكان أن يكون جل آخر لفرس آخر أيضا، الاـ أن فى المقام الاختصاص يلازم الانحصار، فان معنى اختصاص الخيار للمشترى عدم الخيار للبائع و الا لا يتحقق معنى للاختصاص.

و بعباره أخرى: الخيار القائم بهما الذى يرجع الى الاقاله لا شبهه فى جوازه و انما الكلام فى الخيار القائم بالمشترى، فمعنى اختصاصه به عدم جعل الخيار للبائع.

و الحاصل ان دلاله هذه النصوص على اختصاص الخيار بالمشترى لا شبهه و لا كلام فيها من حيث الاقتضاء، و انما الكلام من جهه المعارضه، و المعارض لهذه النصوص صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: المتبايعان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۱۱

...

بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلک من بيع حتى يفترقا ... «۱».

و هذه الروايه بظاهرها

متعارضه مع النصوص الداله على اختصاص الخيار بالمشترى و لا بد من العلاج بينهما.

و ربما قيل فى مقام العلاج بأن معنى قوله «المتبايعان بالخيار» ان المشترى له الخيار و البائع عليه الخيار، و فساد هذا العلاج أوضح من أن يخفى.

و قد أفاد شيخنا الاعظم فى مقام العلاج أن صحيحه محمد بن مسلم أرجح سندا من صحيحه ابن رئاب المحكيه عن قرب الاسناد، و قد صرحوا بترجيح روايه مثل محمد بن مسلم و زراره و أضرابهما على غيرهما من الثقات، مضافا الى ورودها فى الكتب الاربعه المرجحه على مثل قرب الاسناد من الكتب التى لم يلتفت اليها اكثر أصحابنا. و أما الصحاح الاخر المتكافئه سندا لصحيحه ابن مسلم فالانصاف أن دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فى الظهور مرتبه منطوق الصحيحه. الى أن قال: و لكن الانصاف أن أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحه.

و يرد عليه: أولا ان اعراض الفقهاء عن العمل بقرب الاسناد لا يضر بحجيه الروايه المذكوره فيما اذا كانت حجه كما أن عملهم لا يجبر ضعفها ان لم تكن حجه.

و ثانيا- ان اعراض المشهور ان كان مسقطا للخبر عن الحجيه فلا تصل النوبه الى المعارضه حتى يحتاج الى الترجيح، و ان لم يسقط ذلک فلا وجه للترجيح المذكور.

و ثالثا- ان ترجيح الفقهاء روايه مثل محمد بن مسلم و زراره و أضرابهما

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٣).

...

على غيرهم من الثقات لا- يساعد عليه و ان المرجحات فى باب التعارض معينه و لا يكون ترجيح الفقهاء من المرجحات و لا يكون عملهم حجه علينا فان الحجه عمل المعصوم فقط.

و رابعا- ان قوله:

ان دلاله الصحيحه على ثبوت الخيار بالمنطوق و دلاله غيرها من الصحاح على نفى الخيار عنه بالمفهوم فيقدم الاول على الثانى، و اما صحيح ابن رئاب فهو بالمنطوق لكن الاشكال فى سنده من حيث ترجيح الفقهاء غيره من الروايات المعارضه له لكونها مذكوره فى الكتب الاربعه. ففيه ان خبر ابن رئاب أيضا يدل بالمفهوم غايه الامر اظهر من الدلاله من غيرها.

و خامسا- انه لا وجه لتقديم المنطوق على المفهوم بعد شمول أدله الحجيه لكليهما.

و سادسا- ان الاظهريه فى صحيحه محمد بن مسلم على فرض تسليمها لو بلغت الى حد القرينه بحيث يرى العرف قرينه لمعارضها فلا تعارض بين القرينه و ذى القرينه حتى يحتاج الى العلاج و البحث عن المرجح، و ان لم تبلغ الى هذا الحد فمجرد الاظهريه لا يوجب تقديمها على الاخر و لم يقم دليل على ذلك.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان مقتضى التحقيق فى المقام أن يقال: ان الروايات فى المقام تامه من جهه السند و الدلاله، فتقع المعارضه بينهما لا محاله، و الجمع العرفى مفقود بينهما، الا أن الروايات الداله على مبنى المشهور- و هى الروايات الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشترى- تتقدم على صحيحه محمد بن مسلم لكونها موافقه للكتاب، و نقل عن بعض أن الروايه الداله على الاختصاص مخالفه للعامه أيضا، و هى أيضا من المرجحات فى باب التعارض.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۱۳

...

و يؤيد ذلك بكون القول بالاختصاص موافقا للمشهور و مقتضى الاصل العملى، اذ بعد تحقق البيع يحصل ملكيه دائميه بمقتضى البيع، و بعد خروج المشترى عن ذلك بمقتضى الدليل يشك فى خروج البائع عنه فيحكم بعدم الخيار له بجريان استصحاب العدم الازلى. و بهذا ظهر

وجه آخر للقول المشهور المنصور.

فتحصل من جميع ما ذكرنا أن ما ذهب اليه المشهور هو الصحيح و ما نسب الى السيد خلاف التحقيق.

هذا تمام الكلام فى المقام الاول،

و أما المقام الثانى و هو ما كان الثمن أيضا حيوانا فهل يثبت الخيار للبائع أيضا أم لا؟

اشاره

نسب الى جماعه من المتأخرين منهم الشهيد فى المسالك ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان ثمنا و مثمنا، و ينبغى أن يقع الكلام فى مقامين: المقام الاول فى المقتضى، و المقام الثانى فى المانع.

(اما المقام الاول) [فى المقتضى]

فهو ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله: البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام «۱».

بتقريب أن مقتضى اطلاق قوله «صاحب الحيوان بالخيار» يشمل البائع و المشترى، فاذا كان صاحب الحيوان مشتريا فقط كما هو الغالب فيختص الخيار به، و اذا كان الثمن حيوانا يثبت الخيار للبائع لصدق صاحب الحيوان عليه.

هذا تمام الكلام فى ناحيه المقتضى.

(و أما المقام الثانى) فما يمكن أن يكون مانعا أمور:

اشاره

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من ابواب الخيار، الحديث (۱).

...

منها- الروايات الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشترى،

و منها ما رواه الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام

قال: فى الحيوان كله شرط ثلاثه أيام للمشترى، و هو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط «۱».

و منها- ما رواه الفضيل عن أبى عبد اللّه عليه السلام

قال: قلت له: ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشترى «۲».

فان المستفاد من هذه الروايات اختصاص الخيار بالمشترى، فتقع المعارضه بين الروايتين. و لا يصح الجواب عنه بعدم المفهوم لهذه الروايات حتى تقع المعارضه، فان دلاله هذه الروايات على الاختصاص واضحه، فلا يمكن انكارها، بل الحق فى الجواب أن يقال: ان مورد السؤال و الجواب ما يكون المبيع حيوانا من دون ان يكون ثمنه أيضا حيوانا، فبناء عليه لا تقع المعارضه بين الطرفين، فالروايات الداله على نفى الخيار بالنسبه الى البائع ناظره الى مورد يكون المبيع فقط حيوانا، فلا تعارض ما يدل على الخيار للبائع بالنسبه الى مورد يكون الثمن حيوانا.

و منها- ما عن على بن فضال

قال: سمعت أبا الحسن على بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشترى بالخيار بثلاثه أيام ... «۳».

و لا فرق فى الروايه بين أن تقرأ كلمه «مشترى» بصيغه الفاعل أو المفعول، فان المراد به هو المشترى، اما على الاول فواضح و اما على الثانى فان الاشتراء من الامور الاضافيه يحتاج الى المشترى و المشترى فيستفاد منها الاختصاص.

و فيه: انه لا تنافى بين الاثباتين، فانه أى تعارض بين ثبوت الخيار للمشترى

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من ابواب الخيار، الحديث (۱).

(۲) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من ابواب الخيار، الحديث (۵).

(۳) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من ابواب الخيار، الحديث (۲).

...

فيما يكون المبيع حيوانا و بين ثبوته للبائع فيما يكون الثمن حيوانا، و بين العنوانين عموم من وجه.

و منها – ما رواه محمد بن مسلم:

المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا «۱».

أفاد الشيخ فى وجه الجمع بين الروايتين المتعارضتين بأن صحيحه محمد ابن مسلم المثبته للخيار للمتبايعين ناظره الى ما اذا كان العوضان حيوانين، و لنا أن نقول بأنه لا تنافى بين الدليلين كى يحتاج الى الجمع، فانه لا تنافى بين ثبوت الخيار للبائع فقط فى دليل و ثبوت الخيار للبائع و المشترى فى دليل آخر، لكن الاشكال يبقى بالنسبه الى ما روى عن النبى صلى اللّه عليه و آله حيث قوبل فيها بين قوله «البيعان بالخيار حتى يفترقا» و «صاحب الحيوان بالخيار» فانه يعلم من هذا التعبير ان الخيار فى الحيوان لخصوص صاحبه و الا كان حق التعبير أن يقال: و هما بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان، فمقتضى هذه الروايه اختصاص الخيار بصاحب الحيوان و مقتضى تلك

الروايه ثبوته لكليهما، لكن مقتضى حمل المطلق على المقيد أن نقول: ان ثبوته لكليهما انما يكون فيما يكون العوضان كلاهما حيوانين، فان دلاله تلك الروايه على ثبوته لهما باطلاق.

ان قلت: ان حمل قوله «المتبايعان» على ما اذا كان العوضان حيوانين حمل على الفرد النادر.

قلت: و ليكن كذلك، فانه لا يضر بالتقييد الذى بيناه اذا قام الدليل عليه.

و ان أبيت عن ذلك و قلت: ان التعارض واقع بين الروايتين بالتباين فلا بد من مراعاه قانون التعارض، فالقانون يقتضى تقديم الدال على الاختصاص لكونه

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من أبواب الخيار، الحديث (۳).

قوله: مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد (۱).

موافقا لعموم الكتاب، و يمكنك أن تقول: بأن النتيجه حاصله على كل تقدير، فانه يقدم أحد الدليلين على الاخر، فلو قدمنا ما يدل على ثبوت الخيار لكليهما يثبت المطلوب اذ ثبت الخيار للبائع، و لو قدمنا ما يدل على الاختصاص يثبت الخيار أيضا للبائع، لان المفروض أن صاحب الحيوان هو البائع فى مفروض المسأله.

و الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان التعارض وقع بينهما بالعموم من وجه فيتعارضان فيما كان الثمن و المبيع حيوانين، فالمرجع دليل لزوم الوفاء بالعقد.

مضافا الى جميع ما ذكرنا يمكن أن يناقش فى أصل المقتضى، و هو قوله «صاحب الحيوان بالخيار» بأن يقال: ان صاحب الحيوان منصرف الى خصوص المشترى فلا اطلاق فى المقام كى يتمسك به، و الشك فيه أيضا كاف للمطلوب فالحق ما ذهب اليه المشهور من اختصاص الخيار بالمشترى.

[مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

اشاره

أقول: وقع الخلاف بين الاعلام أن مبدأ خيار الحيوان من حين العقد أو من حين انقضاء خيار المجلس، نسب الثانى الى ابن زهره و الشيخ

الطوسى و الحلى، و ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه القول الثانى أمور:

(الاول) ان الخيار يثبت حين يثبت العقد، و العقد لم يثبت قبل التفرق فانه متزلزل ما دام خيار المجلس باقيا، فلا معنى لجعل الخيار للعقد المتزلزل، فيكون مبدأ الخيار من حين انقضاء خيار المجلس.

و يرد عليه: أولا ان هذا الكلام لا يرجع الى محصل، فانه لا مانع من جعل الخيار المتعدد للعقد الواحد. و ثانيا لو سلمنا ان خيار المجلس و الحيوان لا يجتمعان الا أن ذلك لا يوجب أن يكون خيار الحيوان بعد انقضاء خيار المجلس لما ذا لا يكون الامر بالعكس بأن يكون خيار المجلس بعد انقضاء خيار الحيوان.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۱۷

...

و ثالثا انه لا وجه لرفع التنافى بما ذكر بل يمكن بوجه آخر، و هو الالتزام بخيار الحيوان فيما لا يكون خيار المجلس موجودا بالاصاله أو بالعرض أو نلتزم بعدم خيار المجلس فى الحيوان.

و ان شئت قلت: انه ما المراد من قوله «ان الخيار لا يكون الا فى العقد الثابت».

ان كان المراد ان الخيار يكون فى العقد الذى يكون غير قابل للانفساخ فهذا يرجع الى التناقض، و من الواضح أن بين عدم انفساخ العقد مع جعل الخيار تناقض واضح.

و ان كان المراد أن الخيار يكون فى العقد الذى فيه مقتضى للثبوت مع قطع النظر عن الخيار بحيث لو لم يكن الخيار للزم، فهو صحيح و المقام من هذا القبيل، فان العقد لو لا جعل الخيار يكون ثابتا.

و ان كان المراد أن الجمع بين الخيارين غير قابل. فيرد عليه مضافا الى ما ذكر من امكان تعدد الخيار للعقد الواحد أن هذا الاشكال يرجع الى الاشكال الآتى

فانتظر.

(الثانى) الاستصحاب، و له تقريبان: احدهما استصحاب الخيار الموجود حين تحقق المجلس الى ثلاثه أيام من حين التفرق، و ثانيهما استصحاب عدم حدوث خيار الحيوان ما دام بقاء المجلس.

و يرد على التقريب الاول: أنه ما المراد من المستصحب، فان كان المراد منه خيار المجلس فهو مرتفع قطعا بارتفاع المجلس، و ان كان المراد منه خيار الحيوان فهو مشكوك الحدوث كما هو مدعى الخصم، و ان كان المراد منه استصحاب الجامع بين خيار المجلس و الحيوان فهو داخل فى القسم الثالث

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۱۸

...

من الاستصحاب الكلى فقد ثبت فى محله أنه غير حجه. مضافا الى ذلك ان الاستصحاب فى الاحكام الكليه لأزال معارضا مع استصحاب عدم الجعل الزائد.

و يرد على التقريب الثانى بأن استصحاب عدم حدوث خيار الحيوان لا يثبت ان مبدأه بعد التفرق الاعلى القول بالاصل المثبت، اضف الى ذلك انه لا تصل النوبه الى الاصل فى المقام مع وجود الاماره، فان مقتضى الدليل ان الخيار يثبت من حين العقد فلا مجال للأصل.

و قد أفاد الميرزا قدس سره على ما فى التقرير بأن استصحاب عدم خيار الحيوان الى زمان التفرق بنحو ليس التامه محل الاشكال.

و قال سيدنا الاستاذ: انه يمكن أن يجرى الاستصحاب على نحو الاستصحاب النعتى. توضيحه: ان صاحب الخيار قبل قوله «فسخت» لا يكون بيعه و هبته مؤثرين، لان العين خرجت من كيسه على الفرض، و لا يجوز تصرفه فى ملك الغير و تصرفه فيه لا يكون مؤثرا، و بعد قوله «فسخت» يشك فى نفوذ تصرفه، و الاصل عدم النفوذ.

و الظاهر أن ما افاده سيدنا الاستاذ دام ظله لا يتم الا على القول بصحه الاستصحاب التعليقى، بأن يقال: ان تصرف

صاحب الخيار لو كان قبل الفسخ لم يكن نافذا فيشك فى نفوذه بعد الفسخ فيجرى استصحاب العدم. و قد بينا فى موضعه أنه ليس بحجه.

و التحقيق أن يقال: ان استصحاب العدم الازلى لا مانع من جريانه كما حققناه فى محله، و كذلك الاستصحاب النعتى بالتقريب غير التعليقى، و هو أن بيان الاحكام كان تدريجيا فى زمن النبى صلى اللّه عليه و آله. و من الواضح أنه لم يجعل الخيار فى أول زمن رسالته، فنشك بعده بأنه هل جعل الخيار

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۱۹

...

قبل انقضاء المجلس أم لا، فيجرى الاستصحاب.

الا أنه يرد على هذا التقريب: انه مثبت و معارض بأصاله عدم حدوث الخيار بعد انقضاء المجلس.

و الذى يسهل الخطب أن يقال: ان الامر اذا وصل الى هذه المرحله فلنا أن نقول: ان مقتضى البيع صيروره الملك مال المشترى الى الابد و الثمن ملك البائع، و لا يخرجان من ملكهما كما هو مقتضى العمومات الا بالسبب الشرعى، فاذا شك فى أن الفسخ سبب للخروج أم لا يحكم بعدمه، فانه لا يجوز أكل مال الغير الا بأسباب مقرره شرعيه، و لم يثبت أن الفسخ مؤثر فلا يجوز.

(الثالث) انه لو لم يكن مبدأ الخيار التفرق و انقضاء خيار المجلس لزم اما اجتماع المثلين أو اجتماع السببين على مسبب واحد، لان الثابت قبل التفرق اما خياران أو خيار واحد، فان كان الثابت خيارين لزم اجتماع المثلين، و ان كان واحدا بسببين من المجلس و كون المبيع حيوانا لزم اجتماع السببين على مسبب واحد.

و أجاب عنه: الشيخ بأن الخيارين ان اختلفا من حيث الماهيه فلا بأس بالتعدد و ان اتحدا فكذلك، اما لان الاسباب معرفات و اما لأنها علل

و مؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منها فى التأثير على عدم مقارنه الاخر أو سبقه.

و التحقيق أن يقال: ان الاسباب و المسببات فى الاحكام لا يكون لهما محصل، بل هى أمور راجعه الى التكوينيات، فان وزان التكوين يغاير التشريع، و هو لا يحتاج الى سبب و عله بل هو يحتاج الى اعتبار الشارع فقط، و له أن يجعل خيارين للعقد الواحد.

ان قلت: لا نسلم ان يكون باب الاعتبار واسعا بهذا المقدار، و لذا لا يمكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۰

...

الالتزام بأن يعتبر الشارع للشى ء الواحد الملكيتين.

قلت: الامر و ان كان كذلك الا أنه ممنوع من جهه لغويته و عدم ترتب الاثر على جعل الملكيه ثانيا، بخلاف المقام فان لكل من الخيارين أثرا، و هو أنه اذا أسقط أحد الخيارين فله فسخ العقد بالخيار الاخر.

هذا أولا، و ثانيا انه لو سلمنا و قلنا بالاسباب و المسببات فى عالم التشريع- بأن قلنا تشريع الاحكام أيضا له علل و اسباب- لكن نقول: ان فى الامور الخارجيه أيضا لا محذور من أن يوجد المسبب باجتماع السببين، فان الحراره توجد بالغضب و الاصطكاك مثلا و بانتفاء أحدهما يبقى المسبب بوجود سبب آخر، و الاحكام الشرعيه أيضا كذلك فلا محذور أن يوجد الخيار بسببين فى صوره اجتماعهما اذا وجدا معا أو بأسبقهما اذا وجد أحدهما سابقا.

(الرابع) انه قد دل بعض «۱» الاخبار على أن تلف الحيوان فى الثلاثه من البائع، فلو كان خيار المجلس ثابتا للبائع كما هو المفروض و يكون مبدأ الثلاثه من حين العقد يلزم خلاف قاعده أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له.

و أجاب عنه الشيخ قدس سره بأن أدله التلف من البائع محموله على

الغالب من كون التلف بعد انقضاء المجلس فيحمل المطلق على الفرد الغالب.

و فيه: انه لا وجه لرفع اليد عن الاطلاق، و هو منعقد فى المقام كما هو واضح.

و الحق فى المقام أن يقال: ان الدليل دل على أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له، و هذا الدليل قد خصص فى المقام بما دل على أن التلف من الثلاثه من البائع.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۵) من أبواب الخيار.

...

و يمكن تقريب المدعى: بأن التلف ممن انتقل عنه أمر على خلاف القاعده لكن نلتزم على خلافها للدليل، و قد ثبت فى المقام أن التلف فى الثلاثه من البائع مع أنه خلاف القاعده الاوليه، اذ تلف كل شى ء بحسب الطبع على مالكه.

فتحصل ان الوجوه المذكوره لإثبات حدوث خيار الحيوان من حين انقضاء خيار المجلس غير تامه.

ثم ان هذا كله على تقدير عدم تدافع بين الخيارين من حيث دليلهما، و أما لو قلنا بأن المستفاد من الدليل عدم اجتماعهما فى موضوع واحد فلا تصل النوبه الى هذا البحث كما هو واضح.

فنقول: انه لإثبات التدافع تقريبان: الاول أن المستفاد من بعض نصوص الباب التقابل بين الخيارين، ففى صحيح ابن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا.

بتقريب أنه عليه السلام فصل بين الحيوان و غيره باثبات خيار الحيوان فى الاول و المجلس فى الثانى، و التفصيل قاطع للشركه.

و اعترض على هذا التقريب باعتراضين:

أحدهما- ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله من أن المستفاد من الروايه العقد السلبى لا الايجابى، أى ينتهى أمد أحدهما بانتهاء الثلاثه و الاخر بانقضاء المجلس

فلا تقابل بين الايجابين، فالاطلاق المقتضى لثبوت خيار المجلس فى الحيوان محكم. و ما أفاده دام ظله و ان كان أمرا قابلا بحسب الثبوت، لكن مقام الاثبات و الفهم العرفى من الكلام لا يساعده، فهذا الاعتراض ساقط.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۲

...

ثانيهما- ان الصحيحه ساقطه عن الاعتبار اما للاعراض و اما لمرجوحيتها بالنسبه الى جمله من النصوص، فلا تنهض لإثبات المطلوب.

و يرد عليه: أن الاعراض لا يسقط الروايه عن الاعتبار، سيما فيما يعلم وجه الاعراض كما فى المقام، اذ الظاهر أن الاعراض بلحاظ المرجوحيه بالنسبه الى غيرها من الروايات، و أما المرجوحيه فان قلنا بأن النسبه بين هذه الروايه و قوله «صاحب الحيوان بالخيار» عموم من وجه كما ذكرنا سابقا فالاعتراض واضح الدفع، اذ بناء عليه يكون التعارض بين الدليلين بالاطلاق و يسقطان فى مورد الاجتماع و هو مورد يكون المبيع حيوانا فقط، فانه يقع التعارض بينهما بالنسبه الى البائع و يبقى الامر بالنسبه الى المشترى بحاله، و تكون النتيجه ان المتبايعين فى غير الحيوان بالخيار ما دام المجلس باقيا و المشترى للحيوان بالخيار الى ثلاثه ايام. و بعباره أخرى: التقابل باق بحاله.

و ان قلنا بأن النسبه بين الروايتين التباين و قلنا ان مركز النفى و الاثبات هو البائع للحيوان و رجحنا ما يدل على عدم الخيار لموافقته الكتاب فأيضا لا يتم أمر الاعتراض، اذ المستفاد من الروايه أمور: الاول كون الخيار فى غير الحيوان ما دام المجلس، الثانى كون الخيار للمشترى الى الثلاثه، الثالث كون الخيار للبائع الى الثلاثه، الرابع التقابل بين الخيارين من حيث المورد. و الذى يكون مركز المعارضه كون الخيار للبائع فلا وجه لرفع اليد عن بقيه مداليل الروايه.

ان قلت:

الـدلاله على التقابل فرع الخيار، و مع عـدم دلالته على الخيار لا يبقى مجال لإفاده التقابل، و بعباره أخرى: الدلاله الالتزاميه تابعه للمطابقه.

قلت: الدلاله على الخيار سقطت عن الاعتبار بالنسبه الى البائع للحيوان،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۳

...

و أمـا دلاـلته على خيـار الحيوان بالنسـبه الى المشترى و على خيار المجلس بالنسـبه الى غير الحيوان فلم تسـقط عن الاعتبار، فلا تغفل.

هـذا هـو التقريب الاـول، الثـانى من التقريـبين أنه يسـتفاد من كـل من دليلى خيـارى المجلس و الحيوان أن العقـد يلزم بانقضـاء المجلس أو الثلاثه فلا يجتمعان.

و فيه: انه لو قلنـا بأن المسـتفاد من دليل الخيارين أن الحكم حيثى- أى يحكم باللزوم بانقضاء أمـد الخيار من حيث هـذا الخيار- فلا مجال لهذا التقريب، اذ لا تعارض. و أما لو قلنا بأن الحكم مطلق فلهذا التقريب وجه، لكن مقتضـى الصـناعه أن يخصص كل منهما بالاخر، فهذا التقريب غير سديد.

و حيث أن التقريب الاول تام فالحق أن يقال: بان خيار المجلس غير ثابت فى الحيوان، كما أن الامر لو وصل الى مرحله الشـك يكون مقتضـى وجوب الوفاء و مقتضـى استصـحاب عـدم جعل الخيار عـدمه، الا أن يقال: بأنه لو انتهى الامر الى الشك فاطلاق بعض أخبار خيار المجلس محكم، حيث أنه ليس فيه اجمال فلاحظ.

(مسأله): هل يكون مبدأ الخيار زمان الصيغه أو زمان حصول الملك؟

و تظهر ثمره البحث فى البحث الفضولى، فان الخيار فى البيع الفضولى يتحقق من حين العقـد على الاول و من حين الاجازه على الثانى. و الذى يظهر من كلام الشيخ انه متوقف على الاجازه.

أقول: الـذى ينبغى أن يقـال فى المقـام انه على القول بالنقـل فى الاجـازه بجميع أقسـامه لاـ مجـال للبحث فى المقام. فان البحث يكون مبتنيا على القول بالكشف الحقيقى، افاد سيدنا

الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير أن الخيار من حين الاجازه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۴

قوله: مسأله لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثه ايام (۱).

حتى على القول بالكشف فى الاجازه، اذ الخيار عباره عن حل العقد و هو محقق من حين الاجازه.

و يرد عليه: أنه كيف يمكن تحقق الملكيه و عدم تحقق العقد، فان العقد محقق بلا كلام، غايه الامر ان الانتساب لم يتحقق، بل يمكن أن يقال: بأن الشرط المتأخر لو فرض صحته لكان الانتساب أيضا حاصلا، بل يمكن الالتزام بثبوت الخيار للمالك و لو مع فرض عدم الانتساب، اذ المفروض تحقق الملكيه بالفرض المحال، لكن عمده الكلام أن أصل المبنى فاسد قطعا فلا يتحقق الخيار الا بعد الاجازه بناء على صحه الفضولى.

(مسأله): مبدأ خيار الحيوان فى بيع الصرف و السلم قبل القبض أو بعده،

فيه أقوال. لا شبهه فى أن مقتضى الصناعه العلميه هو الثانى، لان أدله الخيار مخصصه لعموم «أَوْفُوا» و هو يتعلق بالعقد الصحيح فى نظر الشارع، و الفرض أن العقد الصحيح لا يتحقق الا بالقبض، و ما دام لم يحصل القبض لم يتحقق عقد حتى يحل بالخيار.

اللهم الا أن يقال: ان قوله «أَوْفُوا» يدل على الحكم التكليفى فقط، و هو يتعلق بأعم من الصحيح و الفاسد. لكنه فرض فى فرض، و الحق أنه لا يتحقق الا بعد القبض،

[مسأله لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثه ايام]

أقول: وقع الكلام فى أن الليلتين المتوسطتين داخلتان فى الثلاثه أيام، و المستفاد من اخبار الحيوان مفهوما بأن الليل داخل فى مفهوم اليوم، أو يكون المراد من اليوم هو الزمان الممتد بين طلوع الشمس و غروبها، فدخول الليلتين

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۵

...

فيها من باب الاستمرار المستفاد من الخارج بالتفاهم العرفى، كما يقال ذلك فى اقامه عشره الايام للمسافر.

الحق هو الثانى، فان مفهوم اليوم أمر واضح عند العرف. نعم حيث أن الخيار امر مستمر تكون الليلتان المتوسطتان داخلتين فى الظرف، لا لما قيل بأن المراد بالايام الثلاثه ما كانت مع الليالى الثلاث لدخول الليلتين أصاله فتدخل الثالثه و الا لاختلف مفردات الجمع فى استعمال واحد.

لكن عرفت بأن اليوم لا يشمل الليل بالمفهوم، بل انه يدخل من باب الاستمرار المستفاد من الخارج، و لو عقد فى نصف الليل

مثلا يبقى الخيار الى آخر يوم الثالث بحسب المتفاهم العرفى، بأن يحتسب مبـدأ الخيار من حين انعقاد العقـد من دون أن تنقص من الايام شـى ء، لأنه اذا لم يلتزم بـذلك فلا بـد من الالتزام اما بثبوت الخيار من أول اليوم- بان يفصل بين الخيار و العقـد مـده طويله- و هو

كما ترى، و اما نلتزم بنقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقى من الليل، و هذا خلاف الفهم العرفى من اللفظ.

و للسيد اليزدى هنا كلام، و هو أنه فرق واضح بين قوله «للمشترى الخيار من حين العقد الى مضى ثلاثه أيام» و قوله «له الخيار ثلاثه أيام فى الحيوان»، فان فى العباره الاولى يكون المراد من اليوم نفس البياض فقط، و هذا بخلاف العباره الثانيه، فان الليالى داخله فى مفهومها، و حيث أن الدليل ورد على النهج الثانى فالليل داخل فى الظرف. و لم نفهم ما أفاده قدس سره من الفرق بين العبارتين و لو شككنا فى اراده أى من المعنيين فمقتضى الاستصحاب بقاء الخيار.

و فيه: أولا ان عموم دليل وجوب الوفاء محكم فى المقام، و معه لا تصل النوبه الى الاستصحاب، فان اجمال المخصص لا يسرى اليه لكونه منفصلا، فيتمسك بعموم العام.

و ثانيا- ان الاستصحاب فى الاحكام الكليه لأزال معارضا مع استصحاب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۶

قوله: يسقط هذا الخيار بامور (۱).

عدم الجعل الزائد.

[الكلام فى مسقطات خيار الحيوان]

اشاره

أقول: وقع الكلام فى مسقطات خيار الحيوان، و هى على ما ذكروها أمور:

(الاول) اشتراط سقوطه،

اشاره

و قد تقدم البحث عنه فى مسقطات خيار المجلس فلا يحتاج الى الاعاده، انما الكلام فى بعض ما يتعلق به. قال الشيخ: و لو شرط سقوط بعضه فقد صرح بعض بالصحه، و لا بأس به.

أقول: ان الحكم بسقوط البعض اما يكون باعتبار الافراد، بأن يكون للشى ء أفراد متعدده فيحكم بسقوط بعض منها، و هو مفقود فى المقام، لان الخيار فى الثلاثه حق وحدانى مستمر الى آخرها لا حقوق متعدده بعدد الآنات، و اما يكون باعتبار الاجزاء، و الخيار ليس له أجزاء قابله لان يسقط بعضها و يبقى الاخر.

و العجب من السيد قدس سره حيث قال: ان حق الخيار و ان كان وحدانيا الا أنه بمنزله حقوق عديده باعتبار الايام و الساعات، فان مرجع هذا الكلام الى التناقض.

(مسأله) لو اشترط أحد سقوط الخيار و اشترط ثبوته ثانيا فهل يكون الشرط الثانى نافذا أم لا؟

وجهان.

و قد ذهب سيدنا الاستاذ دام ظله الى صحته مستدلا بقوله «المؤمنون عند شروطهم».

و يرد عليه: أولا انه كما يصح الاستدلال بدليل الشرط على صحه الشرط الثانى كذلك يصح الاستدلال به بصحه الشرط الاول، فيقع المعارضه بينهما.

و ثانيا- انه لا بد من السؤال من معنى شرط الثبوت بعد شرط السقوط،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۷

...

فان كان المراد منه أن يجعل الشارع له الخيار مع اسقاطه فلا معنى لهذا الشرط لعدم كون جعل الشارع مقدورا له فان الشرط لا بد أن يتعلق بالمقدور.

هذا أولا، و ثانيا ان الشرط المذكور خلاف السنه، اذ المفروض عدم الخيار شرعا مع فرض الاسقاط فى ضمن الشرط الاول. و ان كان المراد منه عدم الاسقاط فهو أيضا مخدوش، لان الشرط الاول وقع صحيحا و سقط الخيار بمقتضاه فلا مجال للشرط الثانى.

(الثانى) اسقاطه بعد العقد،

و الكلام فيه مر فى خيار المجلس.

(الثالث) التصرف،

ربما يقال ان التصرف ليس له موضوعيه فى المقام، فانه مسقط بعنوان أنه طريق الى الرضا و كاشف عنه، و مرجع هذا القول الى انكار كون التصرف مسقطا، و فى مقابله قول لمسقطيه التصرف بذاته و لو كان عن غافل بمسأله الخيار أو جاهل به.

و لا- يخفى أنه لا- مجال للتمسك بالإجماع، فانه كيف تمكن تحصيل الاجماع التعبدى فى مثل المقام، فالعمده النظر فى

النصوص الوارده فی المقام و استفاده الحکم منها حسب الصناعه، فنقول: قد وردت فی المقام نصوص:

منها- ما رواه علی بن رئاب عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: فان أحدث المشتری فیما اشتری حدثا قبل الثلاثه الایام فذلک رضی منه فلا شرط. قیل له:

و ما الحدث؟ قال: ان لامس أو قبل أو نظر منها الی ما کان یحرم علیه قبل الشراء «۱».

أقول: ان قوله علیه السلام «فذلک رضی منه فلا شرط» یحتمل وجوها:

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۴) من ابواب الخیار، الحدیث (۱).

...

(الاول) أن یکون الامام علیه السلام مخبرا عن الواقع بهذه الجمله بأن احداث الحدث لو خلی و طبعه رضاء بالبیع غالبا، و علیه فقوله «فذلک رضی منه» لیس حکما تعبدیا بل یکون فی مقام بیان أمر طبیعی و یکون قوله «فلا شرط» معللا بأن احداث الحدث عله الحکم. و بمعنی انه کاشف نوعا عن الرضا بلزوم العقد.

و یرد علیه: أن کون الامام فی مقام الاخبار عن الواقع خلاف ظاهر شأن الامام، فان الظاهر منه أن یکون فی مقام بیان الحکم و تشریعه، مضافا الی أن الامر لیس کذلک، فان مجرد احداث الحدث فی الحیوان لا یستلزم

الرضا.

(الثانى) أن تكون الجمله فى مقام بيان أن التصرف يكون بنوعه كاشفا عن الرضا بلزوم العقد و ان لم يكن موجبا له فى مورد خاص، و هو نظير ظهورات الالفاظ فانها حجه و ان لم يحصل منها الظن بالواقع.

و يرد عليه: أن ركوب الدابه لا دلاله له على الرضا النوعى بلزوم العقد و لا يفهم منه اسقاط الخيار، و أما الرضا بأصل المعامله فهو كان موجودا من أول الامر و ان لم يحدث حدثا فيه الا أنه خارج عن المبحث.

(الثالث) ان تكون فى مقام بيان أن التصرف رضاء تعبدا، فان الشارع حكم بأن التصرف رضاء بالحكومه. و هذا الوجه متين فى نفسه، و المستفاد من الروايه أن احداث الحدث فى الحيوان رضاء بالعقد تعبدا، بل يستفاد من ذيل الروايه أن كل تصرف لا يجوز لغير المالك يسقط الخيار و ان لم يكن موجبا لإحداث حدث فيه كالنظر و اللمس.

ان قلت: لا نسلم أن يجوز التعدى الى كل التصرف، فان فى الروايه قد

...

تقابل فى حديث الصفار بين الركوب و احداث الحدث، و معه كيف يجوز التعدى اليه.

قلت: ان التقابل المذكور لا يمنع عن الحكومه التى بيناها، اذ التقابل فى كلام السائل لا فى كلام الامام.

ان قلت: كيف يمكن أن يلتزم بأن التصرفات مطلقا رضاء بلزوم العقد بالتعبد، اذ يلزم أن يكون جعل خيار الحيوان لغوا، فانه كيف يجتمع الخيار مع سقوطه بكل تصرف و لو لم يكن موجبا للتغير فى الحيوان.

قلت: لا نسلم أن يكون خيار الحيوان لغوا، فانه تظهر الثمره فيما اذا لم يسلم البائع الحيوان الى المشترى ثلاثه أيام، فان له خيارا مع أنه لم يتصرف فى المبيع

لعدم وقوعه تحت يده. مضافا الى أن التصرف فى الحيوان بأخذ زمامه و ايصاله الى الاصطبل لا يكون مسقطا. و الحاصل ان المستفاد من مجموع النصوص أن التصرف فى الحيوان بتصرف لا يكون الا للمالك يسقط الخيار.

و ان أبيت عما ذكرنا فنقول: المسقط للخيار التصرف الموجب لحدوث الحدث فى الحيوان لا مطلق التصرف. نعم نلتزم بسقوطه باللمس و التقبيل و النظر للنص.

و منها- ما عن محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت الى أبى محمد عليه السلام فى الرجل اشترى من رجل دابه فأحدث فيها حدثا من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله ان يردها فى الثلاثه الايام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدث فيها أو الركوب الذى يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: اذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء «۱».

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۴) من أبواب الخيار، الحديث (۲).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۳۰

قوله: الثالث خيار الشرط، أعنى الثابت سبب اشتراطه فى العقد (۱).

و المستفاد من هذا الحديث أن التصرف اذا كان موجبا لإحداث حدث فى الحيوان يسقط الخيار و الا فلا.

و منها- ما عن على بن رئاب قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى- الى أن قال: قلت له:

أ رأيت ان قبلها المشترى أو لامس؟ فقال: اذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزمته «۱».

فان المستفاد من هذه الروايه أن التصرف مسقط للخيار و ان لم يحدث فيه حدثا.

[القسم الثالث خيار الشرط]

اشاره

أقول: القسم الثالث من الخيار خيار الشرط، وقع الكلام بين الاعلام فى صحته، أفاد الشيخ لا خلاف فى صحته.

ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجهها أمور:

(الاول) الاجماع،

و قد ادعى الشيخ قدس سره أن نقل الاجماع مستفيض.

و يرد عليه: أن تحقق الاجماع التعبدى الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام مستحيل.

(الثانى) ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله،

و هو أن البائع حين بيعه اما يملك المبيع للمشترى حتى بعد الفسخ و اما يملكه الى حين الفسخ و اما يملكه مهملا من هذه الجهه، و القسم الاخير محال لاستحاله الاهمال فى الواقعيات، و القسم الاول- أعنى تمليكه له حتى بعد الفسخ يرجع الى التناقض، اذ من الواضح أن التمليك حتى بعد الفسخ مع انتفاء الملكيه بالفسخ متنافيان، فيتعين القسم الثانى أعنى التمليك الى قوله «فسخت». و بما أن العقود تابعه للقصود و الشارع

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (۴) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

...

يمضى العقد بهذه الكيفيه المخصوصه يصح بهذا النحو.

و عليه لا يرد علينا ما أورد على القوم بأن شرط الخيار مخالف للكتاب أعنى عموم دليل وجوب الوفاء، و الشرط المخالف للكتاب ساقط عن الاعتبار. لأنك عرفت مما بيناه أن العاقد ملك المبيع على النحو الموقت، أعنى الى قوله «فسخت»، و أمضاه الدليل بهذه الكيفيه المخصوصه فلا يرد عليه ذلك الاشكال.

و يرد عليه: أولا ان صحه البيع المذكور مبنيه على صحه البيع الغررى، و الاستاذ لا يلتزم بذلك لتزلزل العقد، فان المشترى لا يعلم وقت حصول الفسخ و هو غرر عليه.

و ثانيا- انه لو فرضنا أن المشترى باع ما اشتراه من ثالث ثم فسخ البائع الاول فلا بد أن يلتزم الاستاذ ببطلان البيع الثانى، اذ بالفسخ ينكشف أن المشترى باع ما لم يكن مالكا له. و لا يمكن الالتزام بهذا اللازم و الاستاذ أيضا غير ملتزم به، كيف و لازم الفسخ دفع العوض، فان

البيع تلف حكما.

و ثالثا- ان البيع الموقت غير معهود عند العرف فلا تشـمله الادله، لا أقول انه أمر غير متصور لكن المرتكز فى الاذهان الدوام فى حقيقه البيع فلا يشمله دليل الصحه.

و رابعـا- ان الفسـخ أمر يرفع ما هو ثابت. و بعباره أخرى: يفهم العرف من هـذا الشـرط أن من له الشـرط يرفع الامر الموجود فى عالم الاعتبار بأن يكون الفسخ أمد ذلك الامر الاعتبارى.

و خامسا- انا لا نسـلم أن يكون التمليك غير الموقت مع جعل حق الفسخ من قبيل الجمع بين المتنافيين، بل نقول: ان البائع بقوله «بعت» قد ملك المبيع للمشترى مطلقا أعم من وقوع الفسخ بعده أم لا، غايه الامر انه يجعل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۳۲

...

لـذى الخيار حق فسـخ العقـد، نظير باب النكاح فان النكاح الـدائم يوجد بانشاء نكاح الزوجيه الدائميه و لا تكون محدوده بقوله «طلقت»، فانها محققه سواء تحقق الطلاق أم لا الا أن الطلاق بمنزله القطع و ازاله الزوجيه فانه يقطع أمـد الزوجيه. و المقام أيضـا من هـذا القبيـل، فان الفسـخ بماله من المعنى يتوقف على تحقق الملكيه الـدائمه الثابته، و لا تنافى بين الامرين، فان الشارع بالبيع يعتبر الملكيه الدائمه و بالفسخ يرفع اليد عن هذا الاعتبار، و الاتحاد الزمانى من الوحدات المشروطه فى التناقض فلا تغفل.

(الثالث) ما أفاده سيدنا الاستاذ أيضا

بأن المستفاد من قوله عليه السلام «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» ان الشارع قد جعل أمر الالتزام ببقاء العقد أو انحلاله بالفسخ بيد المتعاملين، فانهما ان كانا راضـيين ببقاء العقد يكون لازما و ان لم يكونا راضـيين فالعقد يكون جائزا.

فانقدح مما ذكرنا أن الشارع جعل لزوم العقد و جوازه بيد المتعاملين، فيجوز

لهما أن يلتزما بلزوم العقد و لهما أن يجعلا العقد جائزا. و ملخص الكلام أن المستفاد من دليل خيار المجلس أن أمر اللزوم و الجواز بيد المتعاقدين، غايه الامر ان الشارع جعل الخيار بمقدار زمان المجلس.

و يرد عليه: أن هذا ادعاء بلا دليل، و لو كان الامر كما ادعاه سيدنا الاستاذ لكان اللازم فساد العقد الصادر من الغافلين من هذه الجهه، و هو كما ترى. و انا قد بينا سابقا أن معنى الرضا فى الروايه مجمل لاحتمال أن يتعلق بالعقد أى العقد المرضى به لو انتهى مجلسه يلزم، و يمكن أن يكون المراد أن العقد بعد الرضا و عدم الفسخ فى المجلس، و يمكن أن يكون المراد أن الافتراق مع الرضا و بلا اكراه يلزم العقد. فتحصل ان هذا الوجه من الاستاذ أيضا لا يمكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۳۳

...

المساعده عليه.

(الرابع) ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله أيضا

بأنه لا شبهه فى صحه الاشتراط فى ضمن العقد كاشتراط خياطه الثوب فى ضمن البيع، و من الظاهر أن مفهوم الشرط لا يتحقق الا مع الارتباط، فمرجع اشتراط الخياطه الى تعليق الوفاء بالعقد على الخياطه، و بهذا الشرط يثبت الخيار عند التخلف فاذا كان هذا جائزا فاشتراطه ابتداء يجوز لعدم الفرق.

و يرد عليه: أولا ان صحه هذا الشرط بهذا النحو أيضا محل الاشكال و أين دليله.

ان قلت: يلزم لغويه الشرط كليه.

قلت: لا يلزم ذلك، اذ الشرط يمكن تحققه بنحو آخر، و هو تعليق أصل العقد على شى ء كالخياطه، و لا يلزم التعليق الباطل، اذ التعليق يوجب الفساد فيما لا يكون المعلق عليه محرزا عند المتعاملين، و أما مع الاحراز فلا يبطل.

و حيث أن من عليه الشرط يلتزم عند الايجاب و القبول يكون المعلق

علیه محرزا فلا یلزم لغویه الشرط و لا ینحصر بتعلیق لزوم العقد علیه.

و ثانیا- انه لا وجه لقیاس المقام بـذلک الباب، فان مفهوم الاشتراط و الارتباط یتحقق فی ذلک الباب، بخلاف المقام حیث أن شرط الخیار ابتدائی و لو جاز القیاس یلزم القول بصحه جمیع الشروط الابتدائیه، بأن نقول: لا فرق بین الابتدائی و الضمنی و أنی لنا بذلک.

(الخامس) النصوص الوارده فی المقام،

و هی کثیره الاـ أنهـا لا تبلغ حـد الاسـتفاضه کما ادعی الشـیخ قـدس سـره، و لکن الخبر الصـحیح موجود فی المقام و هو کاف للمطلوب.

منها- ما رواه عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: سمعته

...

یقول: من اشترط شـرطا مخالفا لکتاب اللّه فلا یجوز له و لا یجوز علی الـذی اشترط علیه، و المسـلمون عنـد شـروطهم مما وافق کتاب اللّه ... «۱».

و قد استشکل علی الاستدلال بهذه الصحیحه من وجوه:

(الاـول) مـا أورده صاحب المسـتند بأن الشـرط الـذی یجب الوفاء به ما لم یکن مخالفا للکتاب و السـنه، و أما خیار الشـرط فهو مخالف للکتاب و السنه، أما الکتاب فعموم دلیل وجوب الوفاء، و أما السنه فقوله علیه السلام «فاذا افترقا وجب البیع»، و لذا اضطر أن یتمسک لإثبات المطلوب بالإجماع، و قد ظهر مما ذکرنا حال الاجماع و أنه غیر قابل للاستناد.

و قد أفاد السـید الیزدی قدس سـره بأن ما فی المسـتند من الاشـکال لا وجه له فان شرط الخیار لیس مخالفا للکتاب و السنه، لان وجوب الوفاء المسـتفاد من الکتاب و السـنه من مقتضـیات اطلاق العقـد لا من مقتضـیات طبیعته، و کـذا لا وجه لاسـتدلاله علی المدعی بالإجماعات المنقوله، کما أنه لا مجال للتمسک بالاخبار الخاصه

و جعلها مخصصه لذلک العموم اذ عدم جواز کون الشرط خلاف الکتاب لیس عاما قابلا للتخصیص.

و یرد علیه: ان قوله: «ان لزوم البیع من مقتضیات اطلاق العقد لا من مقتضیات طبیعته» لا یرجع الی معنی محصل، فان مقتضی وجوب الوفاء بالعقد أنه کلما تحقق فهو لازم و کونه خیاریا بدلیل خاص لا یدل علی أنه یخالفه و غیر لازم بحسب طبعه و ذاته. و یدل علی ما ذکرنا أن عقد النکاح عقد لازم و مع ذلک ربما یکون خیاریا فهل یمکن أن یدعی أحد بأن النکاح حیث أنه یجری فیه الخیار بواسطه بعض العیوب لا یکون لازما بحسب طبعه.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۶) من أبواب الخیار، الحدیث (۱).

...

هذا أولا، و ثانیا ان قوله «ان سیاق أدله عدم صحه الشرط المخالف آب عن التخصیص» ممنوع، لان الادله المذکوره لیست من الادله العقلیه حتی لا تکون قابله للتخصیص، غایه الامر قیام الدلیل یکشف أن الحکم الواقعی موافق للشرط.

و أجاب عن الاشکال علی ما فی التقریر سیدنا الاستاذ دام ظله، و حاصل ما أفاده: أنه قد علم من الشرع أن اللزوم لرعایه حال المتعاقدین و أمر العقد من هذه الجهه بیدیهما، اذ یجوز لهما الاقاله. و ان شئت قلت: ان اللزوم حقی.

و یرد علیه: ان ما أفاده أمر ممکن ثبوتا لکن لا دلیل علیه فی مقام الاثبات و مجرد جواز الاقاله لا یثبت المدعی و المرجع دلیل وجوب الوفاء.

و قد تصدی هو بنفسه لهذا الاشکال فی دوره أخری و أفاد بأنه لا فرق بین البابین، فکما أن الشارع یحکم باللزوم فی باب النکاح کذلک یحکم به فی باب البیع، فالاشکال باق

بحاله.

و أجاب عن الاشكال المحقق الايروانى بوجه آخر، و هو أن اشتراط الخيار اشتراط أن يسترجع ما دفعه حيثما أراد و يأخذه و يتملكه متى ما أحب، و عموم الادله يشمل الشرط المذكور و يلزم المشروط عليه بدفع ما التزم بدفعه عند رجوع صاحبه.

و يرد عليه: انه ما المراد من الاسترجاع، فان كان المراد أن الشارع يكون له هذا الحق يعود المحذور، و ان كان المراد أن له أن يسترجع ما دفعه بلا موجب شرعى فهذا كما ترى، فان تملك مال الغير بلا رضى مالكه فاسد و سحت، و ان كان المراد منه أن يسترجع متى شاء باذن المشترى و رضاه فلا يحتاج الى الشرط المذكور فان الاقاله جائزه بل راجحه، و ان كان المراد انه اشترط اذا أراد أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۳۶

...

يستقيل إقاله المشروط عليه فانه لا بأس به الا أنه أجنبى عن المقام، اذ لا يمكن للشارع استرجاع العين بلا موافقه صاحبه، غايه الامر يجب على الطرف أن يرضى بالفسخ و يجوز للحاكم أن يجبره حيث انه ولى الممتنع لكن المقصود غير حاصل.

(الثانى) ما اورده المحقق الايروانى بأن ظاهر الاخبار الحكم التكليفى و وجوب أن يكون المؤمن عند شرطه، فلا يعم ما هو من قبيل شرط النتيجه فشرط الخيار خارج عن مقدار مدلول دليل الشرط.

و يرد عليه: أنه لا وجه لهذا التقييد، فان المستفاد من دليل الشرط لزومه و عدم انفكاكه، فان المؤمن عند شرطه، فان كان متعلقه الفعل يجب و ان كان أمرا وضعيا يصح.

(الثالث) أن شرط الخيار مخالف لما يقتضيه العقد فلا يشمله دليل المؤمنون لان شمول دليل الشرط عليه مع كونه خلاف مقتضى العقد يرجع الى التناقض.

و

الجواب عنه: ان مقتضی العقد هو حصول الملکیه، و أما اللزوم أو الجواز فهما من آثاره و احکامه، و لذا یقسم العقد باللزوم و الجواز.

(الرابع) ان شرط الخیار شرط الفعل الراجع الی اللّه سبحانه، فمعنی شرط الخیار فی ضمن بیع الدار مثلا یرجع الی أنه باع داره بشرط أن یجعل اللّه سبحانه له الخیار، و فعله سبحانه خارج عن تحت قدره المتعاقدین فلا معنی لهذا الشرط.

و الجواب عنه: انا نجد صحه هذا الشرط و لو ممن لا یعتقد به سبحانه، فلو صح وقوعه و صدوره عن غیر المعتقد یعلم أنه لا مجال لهذا الکلام. و صفوه القول أنه لا مانع من جعل هذا الحق بین المتعاقدین فانه نحو اعتبار.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۳۷

...

(الخامس) ان مفهوم الشرط لا یصدق علی شرط الخیار، اذ الشرط لا بد أن یحقق فی ضمن أمر، و فی المقام لیس کذلک، اذ الربط المحقق للشرط لا یکون فی اشتراط الخیار.

و الجواب عنه: انه لا شبهه فی تحقق الشرط فی المقام، فان البائع یعلق تملیک المبیع للمشتری علی التزامه بالخیار المجعول، و هو واضح للمتأمل.

و لا یقال: ان هذا تعلیق فی العقد، و هو مبطل له.

لأنا نقول: ان التعلیق علی أمر غیر معلوم یبطل العقد، و أما فی المقام فان العقد معلق علی الالتزام الموجود حین العقد.

فتلخص ان الاشکالات الوارده علی الروایه غیر وارده.

(السادس) من الامور التی استدل بها لصحه شرط الخیار الاخبار الخاصه:

منها- ما رواه سعید بن یسار قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: انا نخالط أناسا من أهل السواد و غیرهم فنبیعهم و نربح علیهم للعشره اثنی عشر، و العشره ثلاثه عشر و نؤخر (نوجب) ذلک فیما بیننا و بین السنه و نحوها، و یکتب لنا

الرجـل على داره أو على أرضه بـذلك المال الـذى فيه الفضل الـذى اخـذ منا شـراء قـد باع و قبض الثمن منه فنعـده ان هو جاء بالمال الى وقت بيننا و بينه أن نرد عليه الشراء، فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فما ترى فى الشراء؟

فقال: أرى أنه لك ان لم يفعل و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه «۱».

و منهـا- مـا رواه ابن سـنان عن أبى عبـد اللّه عليه السـلام فى حـديث قـال: و ان كـان بينهمـا شـرط اياما معـدوده فهلك فى يد المشترى قبل أن يمضى الشرط فهو

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۷) من أبواب الخيار، الحديث (۱).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۳۸

قوله: مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه (۱).

قوله: نعم يشترط تعيين المـده، فلو تراضـيا على مـده مجهوله كقـدوم الحـاج بطـل بلاـ خلاـف، بـل حكى الاجماع عليه صـريحا لصيروره المعامله بذلك غرريه (۲).

من مال البائع «۱».

فانه يستفاد من هذه الروايات الخاصه جواز جعل الخيار، مضافا الى أن هذا أمر تسالم الفقهاء عليه بحيث لا يعتريه الريب، و قيام السيره المستمره الى عصر المعصوم عليه السلام كاشف عن الجواز، و ليس هذا تمسكا بالإجماع فلا تغفل.

[مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه]

أقول: وقع الكلام فيما بينهم فى أن جعل الخيار لا بـد أن يكون متصـلا بالعقـد بل يصـح جعله منفصـلا عنه أيضا. ربما يقال كما عن الشـافعى بعـدم صـحه جعـل الخيـار المنفصـل، اذ يلزم صـيروره العقـد جـائزا بعـد مـا كان لازما. ورد بالنقض بخيار الرؤيه و التأخير، و بالحل بأنه صحيح بدليل صحه الشرط.

و فيه: ان القياس بخيارى الرؤيه و التأخير لا يصح، اذ فيهما قام الدليل بخلاف المقام.

و اما الاستدلال بدليل الشرط ففيه انه محل الاشكال، فان قام اجماع تعبدى بعدم الفرق بين المتصل و المنفصل فهو و الا يشكل الامر لعدم الدليل لكنه يظهر منهم البناء على الجواز، انما الاشكال فيما تكون المده المقرره للخيار مجهوله للغرر.

[فى شرطيه تعيين المده فى هذا الخيار]

اشاره

أقول: يقع الكلام فى مقامين: الاول ان ذكر المده المجهوله كقدوم

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٨) من أبواب الخيار، الحديث (٢).

...

الحاج مثلا هل يوجب الغرر أم لا. الثانى ان الغرر الناشئ من ناحيه الجهل بمده الخيار مبطل للبيع أم لا؟

(اما المقام الاول) فأفاد سيدنا الاستاذ على ما فى التقرير بأنه لا وجه للإشكال اذ المبيع و الثمن معلومان و المجهول مده الخيار، و اذا كان هذا موجبا للبطلان يلزم البطلان و لو مع معلوميه المقدار، اذ لا يدرى من عليه الخيار أن من له الخيار يفسخ أم لا، و على فرض فسخه متى يفسخ. بل لنا أن نقول: انه يجوز جعل الخيار ما دام العمر، و ما أفاده شيخنا الاستاذ بأن العقد له اقتضاءان الملكيه، و اللزوم، و جعل الخيار مده العمر ينافى مقتضى العقد، فاسد لان اللزوم و الجواز من أحكام العقد لا من مقتضياته. هذا ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله.

و يرد عليه: ان المده لو لم تكن معلومه يمكن أن تنقضى بعد يومين، و يمكن أن تطول الى سنه، و لا ريب أن الاقدام على مثل هذه المعامله جزاف. نعم ربما يرتفع الغرر بأن من عليه الخيار يدرى بأنه رابح على جميع التقادير. و ملخص الكلام انه لا يمكن الالتزام بعدم الفرق بين المده المجهوله و المعلومه.

لا يقال: ان الجهل بالمقدار المذكور لو كان موجبا

للغرر لكان فى خيار المجلس أيضا غرر أحيانا، فانه يمكن أن يبقى مجلس العقد الى سنه أو سنتين.

لأنا نقول: ان خيار المجلس حكم تعبدى شرعى يترتب على العقد الجامع للشرائط. و بعباره أخرى: العقد فى نفسه يلزم أن يكون غرريا، و خيار المجلس لا يوجب غرريه العقد فانه من آثاره المترتبه عليه.

(و أما المقام الثانى) فهو البحث فى أن الغرر مبطل أم لا. فنقول: الجهل بالمده تاره لا يكون دخيلا فى تفاوت القيمه، و أخرى يكون دخيلا. و لا كلام على الاول، اذ المفروض أنه لا غرر. و أما على الثانى فما يمكن أن يقال فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۴۰

قوله: لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المده المجهوله كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المده اصلا كأن يقول «بعتك على أن يكون لى الخيار»، و بين ذكر المده المطلقه كأن يقول «بعتك لان يكون لى الخيار مده» لاستواء الكل فى الغرر، خلافا للمحكى عن المقنعه و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنيه و الحلبى فجعلوا مده الخيار فى الصوره الثانيه ثلاثه أيام (۱).

وجه البطلان أمور:

منها: الاجماع. و يرد عليه أنه على فرض حصوله محتمل المدرك فلا أثر له.

و منها: ما أرسله العلامه عن النبى صلى اللّه عليه و آله بأنه نهى عن الغرر «۱».

و يرد عليه: ان المرسله لا تكون حجه، و العمل بها على فرض تحققه لا يجبر ضعفها.

و منها: ان الشرط فاسد و هو مفسد فيه.

و فيه: أولا ان فساد الشرط اول الكلام، و ثانيا أن الشرط الفاسد لا يفسد.

و منها: ان الغرر فى الشرط يسرى الى العقد، و البيع الغررى باطل لما ارسله الشيخ قدس سره عن النبى

صلى اللّه عليه و آله انه نهى عن بيع الغرر «۲».

و يرد عليه: ان المرسله لا ـ اعتبار بها، لكن الالتزام بصحه بيع الغرر فى غايه الاشكال، فانه لا يبعد أن يكون البطلان مما تسالم عليه.

[لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المده المجهوله كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المده اصلا]

أقول: أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله ان العقد باطل فى جميع الاقسام المذكوره لعدم التطابق بين الايجاب و القبول، فان القابل يمكن أن يجعل المده

---

(۱) التذكره، الجزء (۱) الصفحه (۴۶۶).

(۲) الخلاف الصفحه (۵۲۸) المسأله (۵۲۸).

...

ثلاثه أيام مثلا و الموجب جعلها عشره أيام، فلا يحصل التطابق بينهما و الحال أن التطابق لازم بين الايجاب و القبول.

و فيه: ان ما أفاده دام ظله لا يمكن المساعده عليه على اطلاقه، لأنه يمكن أن يجعل الموجب مده الخيار ثلاثه أيام و يقبله القابل عشره أيام فان عدم التطابق فى هذه الصوره لا يضر بصحه البيع، اذ المفروض أن القابل قبل ما أوجبه الموجب مع الزياده. نعم لو فرض أن قبوله يكون بنحو التقييد يشكل. نعم ما أفاده صحيح فى عكس المسأله، و هو فيما اذا جعل الموجب مده الخيار عشره أيام و يقبله المشترى ثلاثه أيام.

و قد نسب الى عده من الفحول أن مده الخيار تكون ثلاثه أيام فى صوره عدم ذكر المده أو ذكر المده المطلقه.

و ما يمكن أن يستدل به أمران:

أحدهما- الاجماع. و فيه أنه كيف يمكن تحصيل الاجماع التعبدى.

و ثانيهما- الروايات، فهى يمكن أن يكون مستفادا من كلام الشيخ «۱» بقوله:

من ابتاع شيئا بشرط الخيار و لم يعين وقتا و لا ـ أجلا ـ بل أطلقه كان له الخيار ثلاثه أيام، دليلنا اجماع الفرقه و أخبارهم. فانه يستفاد من كلامه قدس سره وجود الروايات فى المقام الا

أنه لم يذكر شيئا فى كتابى التهذيب و الاستبصار، و لعل كان مقصوده من الاخبار هى الاخبار الوارده فى خيار الحيوان، بتقريب أن الخيار فى الحيوان ثلاثه أيام و ان لم يشترط فيكون فى غيره كذلك اذا اشترط الخيار و لكن لم يعين مدته بطريق أولى.

و لا يخفى عدم تماميه هذا التقريب، فان خيار الحيوان فى الثلاثه قام عليه

---

(١) الخلاف الجزء (١) الصفحه ٥١٢ المسأله ٢٥.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ١۴٢

قوله: مسأله، مبدأ هذا الخيار من حين العقد (١).

الدليل و أما فى المقام فلا دليل.

و قد روى فى كتب العامه أن حنان بن منفذ كان يخدع فى البيع لشجه أصابته فى رأسه، فقال له النبى صلى اللّه عليه و آله: اذا بعت فقل لا خلابه و جعل له الخيار ثلاثا «١».

و هذه الروايه من حيث السند لا اعتبار بها، و أما من حيث الدلاله فأفاد سيدنا الاستاذ دام ظله ان الاستدلال بمثل هذه الروايه لا ثبات مده الخيار ثلاثه أيام كالاستدلال على وجوب الجهر فى صلاه الجمعه بقوله «الماء اذا بلغ قدر كر لا ينجسه شى ء»، و أما جعل الخيار ثلاثا لحنان يمكن أن يكون من باب أنه صلى اللّه عليه و آله ولى الامر بجعل الخيار له لمصلحه قد علمها، و لا وجه للتسريه، و معنى قوله «لا خلابه» يحتمل ان يكون خديعه. و الذى يهون الخطب أن الروايه ضعيفه السند، و معها لا تصل النوبه الى البحث عن دلالتها.

و الحاصل ان جعل المده بجميع أقسامها المذكوره باطل عند القوم لسريان الغرر الى البيع.

[مسأله، مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

أقول: ملخص كلامه أن مبدأ خيار الشرط من حين العقد و لو لم يصرح به، لانصراف الاطلاق اليه بحسب

الظهور العرفی، الا ـ أن یقال: ان المتبادر من جعل الخیار جعله فی زمان لو لا الخیار لزم العقد، و لکن مقتضی هذا القول کون مبدئه فی الحیوان بعد انقضاء الثلاثه. و ملخص الکلام: ان مقتضی الاطلاق ثبوته من حین العقد.

نعم لو قلنا باستحاله تعدد الخیار لا بد من جعله فی زمان لا یکون خیار من ناحیه أخری. و لذا من یری الاستحاله یلتزم بکون مبدئه من حین التفرق أو

---

(۱) التذکره الصفحه ۵۱۹ المسأله ۱.

قوله: مسأله یصح جعل الخیار للأجنبی (۱).

بعد الثلاثه.

و یرد علیه: ان هذا خلاف تبعیه العقود للقصود، فیلزم الالتزام به من حین العقد أو یلتزم بعدم تحققه، لکن الالتزام بثبوته علی خلاف ما قصد لا دلیل علیه.

ثم انه لو جعل المبدأ من حین التفرق فهل یکون صحیحا أم لا؟ قد تقدم أن الظاهر بناء القوم علی جعل الخیار مع الانفصال، فمن هذه الجهه لا اشکال فیه انما الاشکال من ناحیه الغرر، فلو جعل الخیار من حین التفرق الی آخر الشهر لا اشکال، اذ معلوم أن العقد خیاری الی آخر الشهر اما للمجلس و اما للشرط، و أما لو جعل من حین التفرق الی ثلاثه أیام فربما یشکل، فانه لو احتمل بقاء المجلس مده طویله لا یدری من علیه الخیار أن العقد متزلزل من أی مقدار من الزمان، فیلزم رعایه أن لا یدخل الغرر فی العقد.

[مسأله یصح جعل الخیار للأجنبی]

اشاره

أقول: وقع الکلام فی صحه جعل الخیار للأجنبی و عدمها، و لا بد من البحث فیه من جهات:

(الجهه الاولی) أنه کما یجوز جعل الغیر وکیلا من قبل ذی الخیار یجوز أیضا جعل الخیار له اصاله أم لا.

و الکلام تاره فی امکانه و أخری فی اثباته: أما بحسب الامکان فهو أمر ممکن و عدم کونه مالکا للعین لا ینافی کون زمام الامر بیده کما فی ارث الزوجه مع أنها لا ترث من العقار، و لا فرق فیما ذکر بین القول بأن الخیار متعلق بالعقد و بین تعلقه بالعین. و

أما بحسب مقام الاثبات فالتحقيق أن المستفاد من ادله الشروط نفوذ كل شرط الا ما خالف الكتاب و السنه، و شرط الخيار للأجنبى مخالف لعموم دليل وجوب الوفاء فلا يكون نافذا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۴۴

...

و لا يجوز التمسك بعموم وجوب الوفاء بالشرط، لأنه ليس بمشرع، فلا بد أن يكون مشروعيه الشرط ثابته فى الرتبه السابقه حتى يشمله الدليل، لوضوح أن الحكم لا- يحقق موضوعه، أضف الى ذلك كله أن مقتضى الاستصحاب أيضا عدم ثبوت حق للأ-جنبى، فالحق عدم صحه جعل الخيار للأجنبى، فعلى مسلكنا لا تصل النوبه الى البحث عن الجهه الثانيه الا انا نتعرضها على مسلك القوم.

(الجهه الثانيه) ان الاجنبى على فرض جعل الخيار له لا بد أن يراعى مصلحه الجاعل أم لا.

و التحقيق أن يقال: ان جعل الخيار له اما يكون على نحو الوكاله و اما على الاصاله، فعلى الاول لا بد من مراعاه مصلحه الموكل الا أن يفهم الاطلاق من التوكيل، و على الثانى فاما مجعول له من الطرفين و اما من طرف واحد، فلو كان مجعولا من الطرفين فلا اشكال فى أن أمر العقد بيده و له أن يفسخ و لو كان بمصلحه أحدهما دون الاخر و ان كان من طرف واحد فاللازم مراعاه صلاحه اذ من يجعل له الخيار يطلب صلاحه فالجعل قاصر من أول الامر فلا استقلال له.

(الجهه الثالثه) ان جعل الخيار للأجنبى هل يحتاج الى قبوله أم لا؟

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله أن قوله «الناس مسلطون على أموالهم» «۱» يدل على سلطنه الناس على أنفسهم بالفحوى، فيحتاج جعل الخيار له اذنه.

و يرد عليه: أولا ان الروايه ضعيفه السند، و عمل المشهور على تقدير استنادهم اليه لا يجبر ضعفها. و ثانيا ان الامر ليس كذلك، فانه لو أباح أحد للغير التصرف فى ماله يجوز للمباح له و لا يتوقف على رضاه، كما انه نلتزم

---

(۱) بحار الأنوار، الجزء (۲) الصفحه ۲۷۲.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۴۵

قوله: مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى أمر العقد (۱).

بجواز الوصيه التمليكيه مع عدم توقفه على رضاه، و العمده هو الدليل على مشروعيه جعل الخيار للأجنبى و مقدار دلالته، و حيث أنه لا دليل فى المقام فلا يحرز و لو مع رضاه و قبوله.

(الجهه الرابعه) ان الخيار على تقدير صحه الجعل للأجنبى هل ينتقل الى وارثه أم لا؟

و التحقيق فى المقام أن يقال: ان جعل الخيار للأجنبى ان كان بنحو التوكيل فلا ينتقل الخيار الى وارثه لعدم المقتضى، و ان جعل بالاصاله فلا مانع من انتقاله لان ما تركه فلو ارثه.

(الجهه الخامسه) انه هل ينعزل بعزل الجاعل أم لا؟

الحق أنه ان كان على نحو الوكاله فلا شبهه فى انعزال الوكيل بالعزل، الا أن يقع فى ضمن عقد لازم بل عقد جائز على مسلكنا، و ان كان بنحو الاصاله فلا يبعد بقاؤه و عدم زواله بالعزل، اذ لا وجه لانعزاله بعد ثبوته له لكن جميع ذلك فرض اذ قلنا بأنه لا دليل عليه.

[مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى أمر العقد]

اشاره

أقول: ان الاستيمار يتصور على وجهين:

أحدهما- أن يجعل الخيار لنفسه و يشترط الاخر عليه أن لا يختار أحد الطرفين من الفسخ و الامضاء الا بتعيين المستأمر بصيغه المفعول، ففى هذه الصوره لا شبهه فى ثبوت الخيار لمن له الخيار، فاذا فسخ قبل امر المستأمر أو أجاز يكون الفسخ صحيحا و كذا اجازته. نعم كان عاصيا تكليفا و يكون للاخر خيار تخلف الشرط فى صوره الاجازه.

و ثانيهما- أن يكون خياره على تقدير أمر المستأمر، بأن يكون نفس الخيار معلقا على أمر المستأمر و لو فسخ قبل أمر المستأمر أو بعد أمره بالامضاء لم يؤثر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۴۶

قوله: ثم فى اعتبار مراعاه المستأمر للمصلحه و عدمه وجهان (۱).

و لو أمر المستأمر بالامضاء ليس له الفسخ. نعم لو أمره بالفسخ الظاهر أنه له الاجازه اذ لكل ذى حق اسقاط حقه الا أن يشترط عليه بامتثال أمر المستأمر، ففى هذه الصوره لو لم يمتثل و أمضى العقد يثبت للطرف خيار تخلف الشرط.

و للسيد اليزدى كلام فى حاشيته، و هو أن تعليق الخيار على أمر المستأمر كتعليق الخيار على قدوم الحاج فى كون الشرط غرريا،

و هو يسرى الى البيع فيكون باطلا.

و ما أفاده قدس سره متين جدا لو فرض كون العقد غرريا بهذا الشرط، فان الاشكال وارد من هذه الجهه لا من

جهه التعليق کما توهمه بعض، فان التعليق فی المقام غير مبطل، اذ ليس هذا تعليقا فی العقد بل تعليق فی الشرط. لكن لنا أن نقول: بأن جعل الخيار بهذا النحو ليس أسوأ حالا من جعل الخيار للمشروط له بنحو الاستقلال فلا غرر.

[فی اعتبار مراعاه المستأمر للمصلحه و عدمه وجهان]

أقول: هل يجب على المستأمر بالفتح أن يراعی مصلحه المستأمر بالكسر فی أمره أم لا؟ و الحق هو الثانی، فان مقتضى الاطلاق ذلک، فانه اذا أمر بالخيار يثبت للمستأمر بالكسر و ان كان على خلاف مصلحته الا أن يقوم قرينه حاليه أو مقاليه على اعتباره. و ربما يقال باعتبار مراعاه المصلحه و الا لا أثر لأمره الا أنه أمر ذوقی لا يمكن التمسک به.

قد استدل على صحه هذا الشرط بعموم دليل الشرط كقوله «المؤمنون عند شروطهم» «۱».

و فيه: ان دليل عموم الشرط كما مر لا يشمل الشرط المخالف للكتاب و السنه، فان شرط الخيار مخالف لعموم دليل وجوب الوفاء بالعقد. نعم يمكن اثبات

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب ۶ من ابواب الخيار، الحديث (۱).

...

الصحه بالاخبار الخاصه الوارده فی المقام، و بعضها و ان كانت ضعيفه سندا الا أن فی الصحيح منها غنى و كفايه، و قد مر التعرض للأخبار الداله على شرط الخيار فی صدر المسأله، و المراد بابن سنان عبد اللّه بن سنان عند الاطلاق و يؤيد ذلک ما فسره صاحب الوسائل.

و مما يدل على جواز جعل الخيار برد الثمن صحيحه سعيد بن يسار قال:

قلت لأبی عبد اللّه عليه السلام: انا نخالط أناسا من أهل السواد و غيرهم فنبيعهم و نربح عليهم للعشره اثنی عشر، و العشره ثلاثه عشر و نؤخر «نوجب» ذلک فيما بيننا و بين

السنه و نحوها و يكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منا شراء قد باع و قبض الثمن منه فنعده ان هو جاء بالمال الى وقت بيننا و بينه أن نرد عليه الشراء فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا فما ترى فى الشراء؟ فقال: أرى انه لك ان لم يفعل، و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه «۱».

و الاشكال فى الروايه بأنه يمكن أن يكون المراد اشتراط الاقاله. مدفوع، فانه خلاف الظاهر كما أن احتمال كون البيع صوريا أيضا خلاف الظاهر.

و يدل عليه أيضا ما رواه اسحاق بن عمار قال: حدثنى من سمع أبا عبد اللّه عليه السلام و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى أخيه فقال: أبيعك دارى هذه و تكون لك أحب إلى من أن تكون لغيرك على أن تشترط لى ان أنا جئتك بثمنها الى سنه ردها عليه. قلت: فانها كانت فيها غله كثيره فأخذ الغله لمن تكون الغله؟ فقال: الغله للمشترى، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۷ من ابواب الخيار، الحديث (۱).

قوله: ان اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه (۱).

و هذه الروايه واضحه الدلاله على المطلوب، الا أنه نوقش فى سندها بارسالها حتى صاحب الحدائق قد عبر عنها بالمرسله، و لكن الحق خلافه، فان ظاهر قوله «حدثنى» من سمع شهاده باسماع الراوى عن أبى عبد اللّه عليه السلام، و الظاهر من اشهاده كونها عن حس، فانقدح أنه لا اشكال فى جوازه.

[مسأله من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه و يقال له بيع الخيار]

[الأمر الأول فى أن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه]

اشاره

أقول: ان المصنف قدس سره

بعد اثبات صحه اشتراط الخيار رد الثمن تعرض لأمور و نحن نتعرض لها تبعا له:

(الاول) أن يؤخذ رد الثمن قيدا للخيار

فيكون الخيار متوقفا على رد الثمن و يكون مده الخيار منفصله عن العقد، لان وجود الخيار مشروط برد الثمن فلا يحصل قبله. ثم ان اخذ رد الثمن قيدا للخيار اما بنحو التعليق أو التوقيت، و يمكن أن يكون الفرق بين التعليق و التوقيت بأن يعلق الخيار على رد الثمن بلا توقيت بوقت معين و يعلق على رده فى وقت معين، فالاول تعليق و الثانى توقيت.

و قد أورد فيه بايرادين:

أحدهما- انه تعليق، و هو يوجب البطلان (و يدفع) بأن التعليق فى الشرط لا يوجب البطلان، فان القدر المتيقن من الاجماع على بطلان التعليق هو العقد و هذا تعليق فى الشرط.

ثانيهما- ان جهاله مدته توجب كون البيع غرريا. و الحق أن يفصل بين التوقيت و التعليق بكون الثانى غرريا دون الاول، اذ المفروض أن المده معلومه فى التوقيت بخلاف التعليق.

(الثانى) أن يؤخذ رد الثمن قيدا للفسخ

بأن يكون له الخيار من أول العقد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۴۹

...

لكن لا يفسخ الا فى زمان رد الثمن، فلو فسخ بلا رد الثمن الظاهر صحه فسخه، لكن للطرف أن لا يسلم العين الا بعد تسلم الثمن، فان الارتكاز العقلائى يقتضى هذا المعنى.

(الثالث) أن يشترط الفسخ برد الثمن

بأن يفسخ بنفس الرد. و أفاد سيدنا الاستاذ بأنه عين الوجه الثانى و لا وجه لجعله وجها مستقلا.

(الرابع) أن يؤخذ رد الثمن قيدا لانفساخ العقد.

اشاره

و لا بـد من تنقيـح هـذا المعنى، فانه لو كان معناه أن العقد ينفسخ بنفسه فهو فاسد لأنه خلاف المقرر الشـرعى، و ان كان مرجع هذا الشرط الى الفسخ من حين العقد معلقا على الرد فلا وجه لفساده،

فان ما يمكن أن يرد عليه أحد وجوه:

الوجه الاول – ان الشرط المذكور داخل فى شرط النتيجه و لا دليل على صحته.

و الجواب عنه نقضـا و حلاـ: أمـا النقض فبـاشتراط الوكاله فى ضـمن البيع، و أما الحل فان اطلاق دليل وجوب الوفاء بالشـرط لا مانع من شموله لشرط النتيجه.

الوجه الثانى – أن هذا تعليق فى الشرط و هو باطل.

و الجواب عنه أنه لا دليل على بطلان مطلق التعليق، فان الـدليل الـدال عليه هو الاجماع فيؤخـذ بالقـدر المتيقن منه و هو العقد. و أما التعليق فى الشرط فلا دليل على بطلانه.

الوجه الثالث – ان الشرط المذكور مناف لمقتضى العقد،

لان العقد لا بد أن يكون محققا حتى يشترط فى ضـمنه انفساخه برد الثمن، و اذا كان البيع منفسـخا بالشـرط الحاصل فى ضـمنه فلا يعقل.

و يرد عليه: ان الاـيراد المـذكور انمـا يرد لو قلنـا بانفسـاخ العقـد فى مرتبه تحققه فى آن واحـد، و أمـا لو قلنا بتأخر الانفساخ عن العقد فلا يلزم ما ذكر.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۵۰

...

الوجه الرابع – أن الشرط المذكور مخالف للكتاب و السنه،

لان الفسخ يحتاج الى سبب شرعى، و الانفساخ بنفسه حين رد الثمن خلاف ما قرره الشارع.

و بعباره واضحه: ان انتقال المبيع من المشترى الى البائع بلا إنشاء قولى و فعلى غير ثابت فى الشريعه.

و يرد عليه: انا قد بينا آنفا أن اشتراط الانفساخ فى ضمن العقد على نحو شرط النتيجه إنشاء لفسخ العقد فراجع.

(الخامس) ان البيع عباره عن التمليک الدائمی، و جعل الخيار بهذا النحو ينافيه.

و الجواب عنه: أنا لا نسلم التنافی المدعی، بل المفروض أنه يتحقق الملكيه الدائمه ثم ينفسخ العقد من حينه بنحو التعليق.

فتحصل: ان الشرط المذكور ان كان على نحو انفساخ العقد بلا سبب فهو باطل، و ان كان على نحو شرط النتيجه فی ضمن العقد فلا مانع من نفوذه بعد شمول دليل وجوب الوفاء بالشرط.

(السادس) أن يكون رد الثمن شرطا لوجوب الاقاله على المشتری،

بأن يلتزم المشتری على نفسه أن يقيله اذا جاء بالثمن. أفاد الشيخ اذا جاء بالثمن تجب عليه الاقاله و لو أبی أجبره الحاكم أو أقال عنه لأنه ولی كل ممتنع.

(السابع) أن يكون رد الثمن شرطا للبيع،

يعنی اذا رد البائع فعلى المشتری أن يبيع العين من البائع و يجب عليه البيع لو رد الثمن للشرط و اذا امتنع يرجع الى الحاكم. هذا تمام الكلام فی الامر الاول.

(الامر الثانی) أن الثمن المشروط رده اما أن يكون شخصيا، و اما يكون كليا.

اشاره

و يقع الكلام فی مقامين: أحدهما فی فرض عدم قبض الثمن، ثانيهما فی فرض قبضه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۵۱

...

(أما المقام الاول) [فی فرض عدم قبض الثمن]

فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يثبت الخيار و ان لم يتحقق الرد، اذ الرد شرط فی صوره القبض.

و الاحسن فی مقام التقريب أن يقال: ان الرد ان كان له موضوعيه فی جعل الخيار فلا يتحقق قبل الرد لعدم تحقق موضوعه، و أما ان كان الرد طريقا لحصول الثمن عند المشتری يثبت الخيار. و حيث أن الظاهر المرتكز هو الثانی يثبت كما أفاده المصنف

قدس سره.

(و أما المقام الثانى) [فى فرض قبضه]

اشاره

فيقع الكلام فى ثلاثه فروع:

الفرع الاول أن يكون الثمن شخصيا،

ففى هـذه الصوره اما يشترط فى الخيار رد عين الثمن المدفوع، فلا اشـكال فى عدم ثبوت الخيار بلا فرق بين بقائها و تلفها، كما أنه لا فرق فى صوره التلف بين أن يكون بفعله أو بفعل الاجنبى بالاختيار أو بغير الاختيار أو يكون بآفه سـماويه. و أما لو اشترط أعم من رد العين فى صوره بقائها و بدلها فى فرض عدمها- كما هو الظاهر المتعارف من رد الثمن- فيثبت الخيار، و لو شرط رد البدل مع قيام العين هل يكون نافذا أم لا؟

ربما يقال بأن قضيه الفسخ هو رجوع كل من العينين الى صاحبه الاصلى، فاشتراط رجوع البدل مع قيام الاصل شرط على خلاف المقرر الشرعى.

و يمكن أن يصـحح الشـرط المـذكور بوجهين: أحـدهما أن يتحقق معـاوضه ببيعه بين الثمن و بـدله بنفس الشـرط المـذكور. و يمكن أن يورد عليه بايرادين:

الايـراد الاـول- ان هـذا تعليق فى البيع فيكون باطلا. و يمكن أن يجاب عنه بأن التعليق وقع فى ضـمن الشـرط و لا اطلاق لـدليل بطلان التعليق. لكن الظاهر أن الاشكال وارد، فان المفروض أن البيع المعلق فاسد و هذا من مصاديقه.

الايراد الثانى- ان البيع مما له أسباب خاصه، فلا يحصل الا بتلك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۵۲

...

الاسـباب. و يمكن الجواب عنه بأن البيع لا يتوقف على سـبب خاص بل يحصل بأى سبب كان، و لذا يحصل بالمعاطاه، فالميزان أن يصدق عنوان البيع و لو بمعونه قرينه.

ثانيهما- أن يوكل المشترى البائع أن يبـدل بين الثمن و بـدله، و البائع بعـد الفسخ يتصدى أصاله من نفسه و وكاله عن المشترى. اللهم الا أن يناقش بأنه يكون التعليق فى عقد الوكاله، فلو فرض

بطلان التعليق فى مطلق العقود يعود المحذور.

و لمدعى الصحه أن يستدل باطلاق النص الوارد فى المقام، و هو ما رواه سعيد بن يسار عن أبى عبد اللّه عليه السلام حيث قال: أرى أنه لك أن لم يفعل و ان جاء بالمال فى الوقت فرد عليه «۱».

بتقريب أن قوله عليه السلام «ان جاء بالمال» يعم رد البدل و لو مع بقاء الاصل. لكن الانصاف انه لا اطلاق فى الروايه من هذه الجهه، فان الفسخ يقتضى دخول الثمن فى ملك المشترى و ليست الروايه فى مقام بيان حكم آخر.

و اللّه العالم.

(الفرع الثانى) ما اذا كان الثمن كليا فى ذمه البائع،

فلا شبهه فى دفع البدل فى ثبوت الخيار، لان ما فى ذمه البائع يسقط عنها بوقوع العقد. و ان شئت فقل بأن فى ذمته تلف.

(الفرع الثالث) أن يكون الثمن كليا فى ذمه المشترى،

فشخصه فى ضمن فرد و المشخص فيه اما تالف و اما باق، أما على الاول فيجرى فيه ما مر من الموضوعيه و الطريقيه، و أما على الثانى فالظاهر أنه بالفسخ ينتقل الى المشترى فلا بد من رده اليه.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۷ من ابواب الخيار، الحديث ۱.

...

(الامر الثالث) ان الفسخ يحصل بمجرد الرد أو هو مقدمه للفسخ؟

قال المصنف: قيل ظاهر الاصحاب أنه لا يكفى مجرد الرد فى الفسخ.

أقول: الحق أن يقال: ان الفسخ يتحقق بكل شى ء يدل عليه من القول و الفعل و الرد من الافعال التى يمكن أن يتحقق به الفسخ، فان هذا واضح على فرض اشتراط الخيار قبل الرد، و أما اذا علق الخيار على الرد فهل يفسخ العقد بنفس الرد أم لا، الظاهر هو الثانى، لان الخيار فى رتبه لاحقه على الرد فكيف يحصل به الفسخ.

قال سيدنا الاستاذ دام ظله: ان تأخر الخيار عن الرد رتبى و هو غير ضائر.

نعم لو كـان الخيـار متأخرا عن الرد زمانا لا يمكن أن يتحقق بنفس الرد، فلا مانع من كون الفسـخ المتأخر عن الرد رتبه حاصـلا بالرد.

و الظـاهر ان مـا أفـاده تـام، اذ لا نرى مانعا من أن يكون زمان الخيار و الفسـخ واحـدا، فعليه يحصل الخيار بالرد و فى ذلك الان ينفسخ العقد.

و ربما قيل: ان الرد يدل على اراده الفسخ، و الاراده غير مراد.

و أجاب عنه الشـيخ: بأن الرد يـدل على اراده كون المبيع ملكا للبائع و الثمن ملكا للمشترى. و بعباره أخرى: يـدل الرد على اراده الفسخ و لا يعتبر فى الفسخ أزيد من هذا.

و أما الاخبار الوارده فى المقام فالانصاف انه بشكل اثبات الجواز بها، اذ الروايات ليست فى مقام حصول الفسخ و

لو مع فقد الشرائط، و لذا لا يصح الفسخ لورد الثمن بمال مسروق.

و أما روايه معاويه بن ميسره حيث قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۵۴

...

منه الدار حاصر فشرط أنك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله. قال: له شرطه ... «۱».

فانها على قرض دلالتها لا أثر لها لضعف سندها بمعاويه بن ميسره، لكن الانصاف أنه لا يبعد أن العرف يفهم من قوله «فان جاء بالمال فى الوقت فرد عليه» أن الفسخ يحصل بالرد.

(الامر الرابع) ان الخيار لو كان مشروطا بأن يتحقق بعد الرد فهل يجوز اسقاطه قبله أم لا؟

و الاشكال المتصور فى المقام عباره عن اسقاط ما لم يجب، قال المصنف:

ان مقتضى ما صرح به فى التذكره من أنه لا يجوز اسقاط خيارى الشرط و الحيوان، بناء على حدوثهما من زمان التفرق عدم جواز الاسقاط فيما نحن فيه أيضا، لأنه اسقاط ما لم يجب، الا أن يفرق بين المقامين بأن المشروط له فى المقام مالك للسبب من حيث تملكه للرد الموجب له، فله اسقاطه بخلاف ما فى التذكره.

و يرد عليه: أن الفرق المذكور بين المقامين بكون المشروط له قادرا على الخيار من حيث تملكه للرد فى المقام لا يكون مانعا و لا جامعا: أما الاول فلا مكان التفرق عن المجلس أيضا، فانه ربما يكون أحد المتعاقدين قادرا على التفرق عن المجلس، فما الفرق بين المقامين.

و أما الثانى فلانه يمكن أن يفرض عدم القدره على الرد فى المقام أيضا، كما اذا اشترط فى ضمن العقد أن يرد الثمن بعد شهر مثلا، فانه لا يقدر على الرد فى الحال. مضافا الى أنه لو

كفى ملك الخيار بملك سببه فى جواز الاسقاط

---

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۵۵

...

جاز اسقاط الخيار قبل البيع الخيارى، لأنه يقدر على العقد.

ان قلت: لا- يجوز قياس أحد المقامين بالاخر، فانه لا مقتضى للإسقاط قبل البيع، بخلاف الاسقاط بعد العقد، فان المقتضى للخيار- و هو العقد- موجود.

قلت: ان الفرق المذكور غير فارق بعد كون الملاك القدره على السبب، فانها موجوده فى كلا المقامين.

و ربما يجاب عن الاشكال بأنه ليس دليل على بطلان اسقاط ما لم يجب الا الاجماع، و القدر المتيقن منه غير المقام، حيث أن المقتضى فى المقام موجود بخلاف غيره.

و يرد عليه: أنه و ان كان الامر كذلك لكن الالتزام بصحه الاسقاط يحتاج الى الدليل، و ربما يستدل على صحه اسقاط الخيار قبل الرد بوجه ثالث، و هو أنه بالشرط يتحقق حق للشارط على المشروط عليه بالفعل، فله أن يسقط حقه الموجود، فلا يكون اسقاطا لما لم يجب.

و يرد عليه: ان الشرط قد يتعلق بفعل، كما لو اشترط خياطه ثوب فان المشروط له يملك الخياطه أعم من أن تكون الخياطه راجعه الى الحال أو تكون مقيده بزمان متأخر، غايه الامر يملكها بالفعل بنحو الواجب التعليقى، و قد يتعلق بالنتيجه فان كانت النتيجه ملكيه فعليه ككونه مالكا لدار كذائى له التصرف بالفعل، و أما اذا كان بحيث لا تحصل الملكيه الا بعد مضى زمان فلا ملكيه فعليه كى يتصرف فيها.

و ربما يجاب عن الاشكال بما ورد فى خيارى المجلس و الحيوان من سقوط الاول بالتفرق و الثانى بالتصرف، بتقريب أن مقتضى اطلاق النص سقوط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۵۶

...

الخيار و لو لم يكن

فعليا، فالمقام كذلك.

و يرد عليه: أولاـ ان الالتزام بالسقوط فى ذلك المقام بالتعبد، و ثانيا ان الخيار فى بابى المجلس و الحيوان فعلى، فلا جامع بين المقامين.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم أنه لو ثبت اجماع تعبدى دال على الجواز يؤخذ به و الا يشكل الالتزام بالجواز.

و لا تصل النوبه الى ما قيل باستصحاب الخيار بعد الشك فى السقوط، لان الاستصحاب المذكور ساقط عن الاعتبار بالمعارضه، لان الخيار لم يكن محققا قبل الرد حتى يستصحب بقاؤه. ثم ان المصنف أفاد بأنه لو تبين المردود من غير الجنس فلا رد و لو ظهر معيبا كفى فى الرد و له الاستبدال.

و أفاد المحقق النائينى قدس سره بأن ماليه المال انما هو بصورته النوعيه العرفيه، فلو باع عبدا وحشيا فتبين أنه حمار وحشى بطل البيع سواء عين النوع بنحو التوصيف أو الشرط، كما أنه فى مقام القبض أيضا لو أقبض بدل العبد حمارا بطل القبض، لان المقبوض غير ما تعلق به البيع، فان البيع يتعلق بالصوره النوعيه لا بالماده الهيولائيه.

و أما لو باع عبدا شخصيا موصوفا أو مشروطا بغير صفه الصحه كالكتابه فلو رد العبد و تبين فيه فقد الوصف أو الشرط فله الخيار بين الرضا بالفاقد أو الا رش، و أما لو كان المبيع كليا فحيث أنه يتنوع بالوصف على نوعين فلو رد غير الموصوف فله التبديل، لان ما يستحقه فى عهده المشروط عليه هو القسم المتصف بالوصف فله اسقاط ما يستحقه، و لما لم يمكن اعطاء الوصف فى ضمن العين فيستبدل بعين أخرى.

فان الحق فى المقام أن يقال: ان الرد تاره شرط للفسخ بلا نظر الى كون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۵۷

...

المردود ملكا للمشترى، و أخرى

یکون المقصود رد ملک المشتری. أما علی الاول فیثبت الخیار، اذ شرطه حاصل علی الفرض لکن المشتری بعد الفسخ یملک الصحیح. و أما علی الثانی فلا أثر لرد المعیب. نعم لو اشترط علیه بأن یقبل الاعم یجوز، کما انه یتصور هذا الشرط بغیر الجنس. و ملخص الکلام ان رد المعیب فی حد نفسه یکون کعدمه.

(الامر الخامس) وقع الکلام بینهم فی أن هذا الخیار یسقط بالتصرف أم لا،

فینبغی أن یقع البحث فی مقامین: الاول فی المقتضی بأن التصرف مقتضی للإسقاط أم لا، الثانی فی المانع.

أما الاول فنقول: ان التصرف بما هو لا یقتضی سقوط الخیار، نعم لو قامت القرینه علی کون التصرف رضاء بالبیع یلتزم به، و التمسک بالاخبار «۱» الوارده فی خیار الحیوان بدعوی أن المستفاد منها کون التصرف مسقطا لخیار الحیوان، و حیث أنه ذکر فیها العله یتعدی منه الی المقام بعموم العله. مدفوع بعدم استفاده حکم کلی منها، فان الشارع حکم فی ذلک الباب بسقوط الخیار بالتصرف تعبدا و لا وجه للتعدی الی غیر مورده. و الحاصل ان التصرف المجرد عن القرینه لا یقتضی سقوط الخیار، و لا یمکن استفادته من الاخبار الوارده فی خیار الحیوان، و الاجماع علی تحققه محتمل المدرک.

فما یمکن أن یقال فی وجه المنع أمور:

(الاول) ان الخیار معلق علی رد الثمن فکیف یسقط بالتصرف قبل رد الثمن.

و فیه: أولا- ان هذا الاشکال انما یتوجه فیما لا یکون الخیار ثابتا بالنص، و ثانیا انه لو قلنا بجواز اسقاط ما لم یجب فلا مانع من اسقاطه بالتصرف قبل

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۴ من أبواب الخیار.

...

تحققه برد الثمن. نعم لو قلنا بعدم جوازه فالاشکال وارد، لکن لا فرق من هذه الجهه بین اللفظ و الفعل و

الاشکال مشترک.

(الثانی) ان التصرف لا یکون مسقطا فی المقام، لان بناء المعامله علی التصرف فی العوض فلا یکون کاشفا عن الرضا بالبیع.

و هذا الوجه متین فی حد ذاته الا أنه لا یعد من الموانع، بل معناه أنه لیس فیه اقتضاء الاسقاط، و لذا لو قامت قرینه علی أنه أسقط الخیار بالتصرف لا یبقی مجال لهذا التقریب. اضف الی ذلک أنا لا نسلم کون بناء العقد فی هذه المعامله علی التصرف مطلقا، بل یمکن أن یتعلق الغرض بنفس وجود العوض بلا تصرف فیه.

(الثالث) ان المستفاد من موثقه عمار حیث قال علیه السلام «ان جاء بثمنها رد الیه» «۱»، ان الخیار ثابت برد الثمن و لو مع التصرف فی الثمن، و بهذه الموثقه تخصص عموم ما دل علی سقوط الخیار بالتصرف.

و یرد علیه: انا قد بینا أن التصرف لا اقتضاء له لسقوط الخیار، و معه لا تصل النوبه الی التمسک بالمانع، فالعمده فی الاشکال عدم المقتضی.

(الامر السادس) أنه لو تلف المبیع تکون خسارته علی المشتری

کما أن منافعه له، و هو مقتضی القاعده و النص، بل لا خلاف فیه بین الاصحاب، و انما الکلام فی أن خیار الشرط منوط بوجود المبیع و بقائه أم لا و فی المسأله أقوال ثلاثه: أحدها سقوط الخیار بتلف المبیع سواء کان التلف بعد الرد أم قبله، ثانیها بقاؤه مطلقا و هو مختار المصنف، و ثالثها التفصیل بین قبل الرد و بعده بأن التلف قبل الرد مسقط له و أما بعده فلا کما ذهب الیه صاحب الجواهر قدس سره.

و ما یمکن أن یقال فی وجه سقوط الخیار بالتلف أمران:

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من أبواب الخیار، الحدیث ۱.

...

الاول- ان الخیار متعلق بالعین، و اذا

تلف المبيع فلا يبقى موضوع للخيار فينتفى بانتفاء موضوعه.

و الجواب عنه: انا لا نسلم كون الخيار متعلقا بالعين، بل انه متعلق بالعقد، و الذى يشهد لذلك أن الغرض من بيع الخيار تصرف البائع فى الثمن و له أن يتلفه بالتلف الاعتبارى أو الحقيقى، فلو كان الخيار متعلقا بالعين لكان منافيا له.

الثانى- أن غرض البائع من الخيار فى البيع المذكور صيانه ماله من التلف فلو تلف فلا مجال للخيار.

و يرد عليه: أولا انا لا نسلم كون غرض البائع صيانه ماله بعينه مطلقا، بل ربما يتعلق غرضه بحفظ ماله أعم منه و من بدله.

و ثانيا: ان الاغراض لا مدخليه لها فى جعل الاحكام، فلا بد من ملاحظه الدليل، فان دل على عدم سقوطه بالتلف نلتزم به بلا ملاحظه غرض البائع.

نعم لو قيد خياره ببقاء العين لكان لهذا الكلام مجال و هذا أمر آخر.

و أما القول الثالث- و هو التفصيل بين قبل الرد و بعده- فقد اختاره صاحب الجواهر، و لعله توهم أن قاعده كل بيع تلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له تشمل ما انتقل عن ذى الخيار، و من ناحيه أخرى لعله توهم أن مقتضى تلك القاعده حق الفسخ و الرجوع الى البدل، فأفاد بأنه لو كان التلف قبل الرد فليس للبائع الفسخ اذ قبل الرد لا خيار له، و أما لو كان التلف بعد الرد يكون له الخيار فيجوز له الفسخ و الرجوع الى البدل.

و على هذا الفرض يكون فى كلامه جهات من الاشكال: الاولى انه يمكن أن يكون الخيار ثابتا قبل الرد كما مر. الثانيه ان مقتضى تلك القاعده تحقق الانفساخ لا ثبوت الخيار و حق الفسخ. الثالثه أن ضمان المبيع فى

المقام على المشترى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۶۰

...

أمر على القاعده الاوليه فانه مالك العين، و تلف كل شى ء على مالكه بحسب الطبع الاولى. و كيف كان لا وجه للتفصيل الذى أفاده، فالحق هو القول الثانى الذى اختاره المصنف، أعنى ثبوت الخيار مطلقا.

ثم انه لاـ تنافى بين توقف الخيار على بقاء العين و بين وجوب ابقاء العين و ربما يقال: ان الحكم بكون الخيار متوقفا على وجود المبيع و بقائه و الحكم بوجوب ابقاء العين بحالها يتنافيان، لان الواجب المشروط لا يجب حفظ شرطه، فلا يجب الابقاء.

و يرد عليه: ان وجوب الابقاء ينشأ من الشرط، فان البائع يمكن أن يشترط على المشترى شرطين: أحدهما الخيار عند رد الثمن بشرط بقاء العين، و ثانيهما شرط ابقاء العين عليه. فلو تخلف يثبت للبائع خيار تخلف الشرط و ليس له خيار الشرط.

هذا تمام الكلام فيما لو تلف المبيع، و أما لو تلف الثمن فتاره يكون تلفه بعد الرد و أخرى يكون قبله، فيقع الكلام فى مقامين:

الاول: فيما لو تلف الثمن بعد الرد، فهل هو من المشترى أم لا؟ ذهب المصنف قدس سره الى الاول مستدلا بالقاعده المسلمه بأن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له.

و أورد عليه صاحب الجواهر قدس سره بمنع شمول القاعده للثمن، بل هى تخصص بالمبيع فقط. و استظهر ذلک من روايه معاويه بن ميسره قال:

سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى منه الدار حاصر، فشرط انک ان اتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارک، فأتاه بماله. قال: له شرطه. قال أبو الجارود: فان ذلک الرجل

قد أصاب فی ذلک المال فی ثلاث سنین. قال: هو

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۶۱

...

ماله. و قال ابو عبد اللّه علیه السلام: أ رأیت لو أن الدار احترقت من مال من کانت تکون الدار دار المشتری «۱».

و استشکل الشیخ علی الاستدلال بالروایه بأنه لا وجه للاستظهار المذکور، اذ لیس فیها الا أن نماء الثمن للبائع و تلف المبیع من المشتری، و هما اجماعیان حتی فی مورد کون التلف ممن لا خیار له، فلا حاجه لهما الی تلک الروایه، و لا تکون الروایه مخالفه للقاعده، و انما المخالف لها هی قاعده أن الخراج بالضمان اذا انضمت الی الاجماع علی کون النماء للمالک. نعم الاشکال فی عموم تلک القاعده للثمن کعمومها لجمیع أفراد الخیار، لکن الظاهر من اطلاق غیر واحد عموم القاعده للثمن و اختصاصها بخیار المجلس و الشرط و الحیوان.

اذا عرفت ذلک فاعلم أن تحقیق الکلام فی المقام یستدعی البحث عن أمور:

(الاول) فی وجه استظهار صاحب الجواهر ما ادعاه من الروایه. و یمکن أن یکون وجه استظهاره أنه یستفاد من الروایه ان نماء الثمن للبائع، و بمقتضی قاعده أن الخراج بالضمان یحکم بان التلف علی البائع. لکن قد مر أن الروایه ضعیفه بابن میسره، لعدول الشیخ من الروایه الی الاجماع، اذ لو أغمض عن انضمام قاعده الخراج بالضمان لا- أثر للإجماع و لا للروایه، و مع ضم تلک القاعده الی کل من الاجماع و الروایه یفید و تکون النتیجه خلاف قاعده أن التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له. و الحق أنه لا یحتاج فی اثبات کون النماء للبائع الی الروایه و لا الی الاجماع، فان کون النماء للبائع مع کونه مالکا للثمن أمر

طبیعی علی مقتضی القاعده.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من أبواب الخیار، الحدیث ۳.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۶۲

...

(الثانی) ان قاعده الخراج بالضمان هل له مدرک أم لا؟ و الحق هو الثانی، فان المدرک لها ما رواه الطوسی فی کتاب البیع و هو: قوله صلی اللّه علیه و آله «الخراج بالضمان». و هذه الروایه لا اعتبار بها سندا کما هو ظاهر، و أما من حیث الدلاله فیمکن أن یکون المراد منها أن الضمان العقدی المعاملی یقتضی أن یکون المنافع للضامن و لا یرتبط بالضمان التعبدی، و فی المقام الضمان تعبدی بحکم الشارع.

(الثالث) ان قوله «التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له» هل یعارضه قوله «الخراج بالضمان» أم لا؟ الحق أن دلیل التلف حاکم علی دلیل الضمان، فانه یبطل العقد بالتلف قهرا و لا یبقی موضوع للضمان کما لا یخفی. و ان أبیت عن ذلک فنقول: ان دلیل التلف خاص لاختصاصه بما اذا کان الخیار للطرف الواحد، و أما دلیل الضمان بالخراج فهو عام، فیقدم علیه بقانون تقدم الخاص علی العام.

(الرابع) ان قوله «التلف فی زمن الخیار ممن لا- خیار له» هل یختص بخصوص المبیع أو یشمل الثمن أیضا، و أیضا انه یختص بالخیارات الثلاث و هو المجلس و الحیوان و الشرط أو یعم جمیع الخیارات. و التفصیل فی ذلک و التحقیق فیه موکول الی محله فی أحکام الخیار.

هذا تمام الکلام فی المقام الاول، و أما المقام الثانی- و هو ما کان التلف قبل الرد- فربما یقال: بأن التلف علی البائع، لأنه لا خیار له قبل الرد.

و أورد علیه الشیخ: أولا بأن الخیار ثابت من الاول، و ثانیا بأنه لا فرق بین الخیار المتصل

و المنفصل فلا وجه لما أفيد.

و يرد على الشيخ: أولا أنه يمكن أن يكون الخيار منفصلا عن العقد بحسب

...

الجعل. و ثانيا ان هذا الحكم يمكن أن يكون من أحكام الخيار الفعلى لا الاعم منه و الانشائى، فمع فرض انفصال الخيار لا يتحقق.

ثم ان الشيخ قال: ثم ان قلنا بأن تلف الثمن من المشترى انفسخ البيع، و ان قلنا بأنه من البائع فالظاهر بقاء الخيار، فيرد البدل و يرتجع المبيع.

و الحق التفصيل بأن نقول: ان شرط الخيار لو كان رد شخص الثمن فلا مجال لبقاء الخيار، و ان كان أعم منه و من بدله فالحق ما أفاده الشيخ.

(الامر السابع) أنه هل يكفى الرد الى وكيل المشترى أو وليه الخاص كالأب أو العام كالحاكم أو العدول عند عدمه أم لا.

اشاره

الحق أن يقال: انه لا بد أن يلاحظ سعه الشرط و ضيقه، فلو كان الخيار مشروطا برد الثمن الى خصوص المشترى لا يثبت الخيار بالرد الى غيره، اذ المعامله لا تتحقق، كما أنه لو علق الخيار بالرد الى أعم منه و من وكيله أو وليه يثبت بالرد الى وكيله، و الوجه فيه ظاهر. و انما الكلام فيما لو علق الخيار على الرد اليه من باب المورديه لا من باب القيديه فهل يجوز الرد الى غيره أم لا؟ ربما يقال بأنه فرق بين التصريح بالعموم و بين عدم التصريح، فمع التصريح بالعموم يجوز الرد الى وكيله و مع عدم التصريح لا يجوز، و لو كان ذكر المشترى من باب المورديه اذ الشرط للخيار الرد الى المشترى، و دليل الوكاله أو الولايه لا يقتضى أن يكون الرد الى الوكيل ردا الى المشترى، و عليه لو مات البائع يجوز لوارثه أن يرد الثمن الى المشترى، و أما لو مات المشترى فلا يجوز للبائع أن يرد

الى وارثه.

و يمكن الـذب عن هـذا الاشـكال بـأن ذكر المشترى ان كان من باب أنه مورد لا من باب أنه مالك، لا فرق بينه و بين وكيله. و بعباره أخرى: فرق بين كون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۶۴

...

قمّى، سيد تقى طباطبـايى، دراساتنـا من الفقه الجعفرى، ۲ جلـد، مطبعـه الخيـام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنـا من الفقه الجعفرى؛ ج ۴، ص: ۱۶۴

الحيثيه المالكيه تقييديه و بين كونها تعليليه، و بتعبير آخر نقول: تاره بلحاظ دليل الوكاله نلتزم بالجواز فللإشكال مجال، و أخرى ندعى بأن دائره الجعل من الاول تسع الوكيل، اذ ذكر المشترى بخصوصه بما انه ذو صـلاحيه لان يتصرف فى المال، و حيث أن وكيله له هذه الصلاحيه فيجوز الرد اليه، فالمتبع سعه الجعل و ضيقه.

اذا عرفت هذه المقدمه فلنتعرض لجهات البحث فى ضمن مسائل:

(الاولى) انه هل يجوز رد الثمن الى الوكيل أو لا بد أن يرد الى نفس المشترى؟

و الكلام فيه قـد مر آنفـا بـأن الرد الى المشترى ان كـان من بـاب خصوصـيه له فلا يجوز رده الى وكيله، و أما ان كان من باب المورد و انه ذو صلاحيه فى التصرف فى المال يجوز.

(الثانيه) انه هل يجوز رده الى الحاكم عند عدم التمكن من الوصول اليه،

و الكلام فيه هو الكلام، فـانه لو كـان للجعل سعه و كان الولى هو الحاكم لعـدم التمكن من الوصول اليه يجوز الرد اليه. و منه يظهر الحال فى الدفع الى العادل أو الفاسق مع فقدان المرتبه السابقه.

(الثالثه) هل يجوز الرد الى وليه الخاص اذا تحققت المعامله بيده كالأب و الجد أم لا.

و الحق أن يقـال كمـا قلنـا آنفا: اذا اشترط الرد الى خصوص المشترى بما أن له خصوصـيه فى ذلك فلا يجوز الرد الى وكيله، و أما اذا اشترط أعم من ذلك او أطلق فلا ريب فى جوازه.

(الرابعه) انه اذا مات المشتری قبل الرد فهل یجوز الرد الی وارثه أم لا؟

و الحکم یظهر مما مر، فانه تابع للجعل.

...

(الخامسه) انه اذا مات البائع قبل الرد فهل یثبت الخیار لوارثه بالرد الی المشتری أم لا؟

و الظاهر أنه لا اشکال فی ثبوته فان ما ترکه المیت فلو ارثه.

(السادسه) انه لو اشتری حاکم للصغیر شیئا فهل یجوز للبائع أن یرده الی حاکم آخر أم لا؟

و الکلام فیه قد ظهر مما بیناه آنفا بأنه لا بد أن یلاحظ کیفیه جعل الشرط سعه و ضیقا، فانه ان کان مختصا بخصوص الحاکم المعین فی مقام الجعل فلا یجوز أن یرده الی الحاکم آخر و لا یجوز له أخذه، و ان کان الرد الیه من باب أنه مورد فیجوز الرد الی الحاکم الثانی. هذا فیما لا یکون مزاحمه مع الاول، و أما مع المزاحمه فلو قلنا بجوازها فیجوز أیضا، و أما لو قلنا بعدم جوازها فلا یجوز، اذ فی هذا الفرض لا تکون الولایه للمزاحم.

(الامر الثامن) اذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم یکن له ذلک الا برد الجمیع،

فلو رد بعضه لم یکن له الفسخ، و لیس للمشتری التصرف فی المدفوع الیه لبقائه علی ملک البائع. و الظاهر أنه ضامن له لو تلف اذا دفعه الیه علی وجه الثمنیه. نعم لو جعله امانه عنده الی أن یجتمع قدر الثمن فیترتب علیه حکم الامانه من عدم الضمان فی صوره التلف. و أفاد سیدنا الاستاذ دام ظله لا معنی لدفع البعض بعنوان أنه ثمن، اذ المفروض أنه لیس له الفسخ برد البعض فیکون أمانه عند المشتری، فلو تلف عنه لا یکون ضامنا.

و یرد علیه: انه لا نسلم عدم کون دفع البعض علی وجه الثمنیه، اذ یمکن أن یدفع بهذا العنوان، غایه الامر لا یترتب علیه الاثر فلیس له الفسخ، فیکون نظیر المقبوض بالعقد الفاسد من کون الید ید ضمان.

ثم انه هل یجوز جعل الخیار فی کل جزء بشرط رده أم لا. قال الشیخ:

و لو شرط البائع الفسخ فی کل جزء برد ما یخصه من الثمن جاز الفسخ فیما

...

قابل المدفوع، و للمشترى خيار التبعيض اذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع و خرجت المده.

و

يقع الكلام فى موضـعين: الاول ان اشتراط الخيار برد بعض الثمن صـحيح أم لا؟ أما الموضع الاول فربما يقال بعـدم الجواز، لان الشـرط رد الثمن و رد الجزء ليس مصـداقا للشـرط، أمـا الاول فربما يقال انه لا يثبت الخيار برد بعض الثمن، لأنه يتوقف على رد الثمن، اذ المعامله الواحده غير قابله للتبعيض.

و يرد عليه نقضا و حلا: أما النقض فبما يباع ما يملك و ما لا يملك، فانه صـحيح بالنسـبه الى ما يملك و باطل بالنسـبه الى ما لا يملك. و أما الحل فبأن الانشاء واحد لكن المنشأ متعدد.

لكن الانصاف أن الالتزام بالصـحه فى غايه الاشكال، لأنا ذكرنا أن اشتراط الخيار على خلاف القاعده و خلاف الكتاب و السنه، و انما التزمنا به لأجل النص الخاص الوارد فى المقام، و حيث أنه لا يشمل المقام فلا يمكن الالتزام به.

و على هذا فلا تصل النوبه الى البحث عن المقام الثانى، و هو ثبوت خيار تبعض الصفقه للمشترى.

لكن لو تنزلنا عما قلناه فى المقام الاول فهل يكون للمشترى خيار تبعض الصفقه كما عليه الشيخ؟ فنقول: ان خيار تبعض الصفقه ليس له عنوان مسـتقل فى الفقه بل هو داخل فى خيار تخلف الشـرط، فلو جعل للبائع الخيار برد كل جزء بلا اشتراط شـى ء عليه لا ـ يتحقق خيار للمشترى لعـدم المقتضـى، و لو جعل له الخيار فى كل جزء لكن بشـرط رد تمامه تـدريجا ففى صوره التبعيض و مضـى المـده يكشف فساد فسـخه، لان جعل الخيار كان بنحو مقيد و المفروض أن القيد لم يتحقق، و لو جعل له الخيار فى كل جزء لكن اشترط عليه بأنه لا يبعض فلو بعض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۶۷

قوله: مسأله

لا اشکال و لا خلاف فی عدم اختصاص خیار الشرط بالبیع و جریانه فی کل معاوضه لازمه (۱).

و مضت المده یثبت للمشتری خیار تخلف الشرط و ان شئت سمه خیار التبعض.

ثم انه هل یجوز جعل الخیار برد جزء غیر معین من الثمن أم لا؟ ربما یقال بعدم الجواز للغرر، و أفاد سیدنا الاستاذ علی ما فی التقریر بأنه لا یلزم الغرر اذ المجعول أقل ما یصدق علیه عنوان الرد بنحو اللابشرط عن الزیاده فلا غرر.

و ما أفاده تام ان کان المراد من الجزء ما ذکره، و أما ان کان المراد مقدارا معینا عند البائع مجهولا عند المشتری فلا یتم ما أفاده. و علیه نقول: لو التزمنا بفساد البیع الغرری و صدق هذا العنوان فلا بد من الالتزام بالفساد، لکن حیث أن الغرر بمعنی الخطر یمکن أن یتصور فی بعض الموارد عدم صدق الخطر و ان المقدم یعلم بأنه رابح علی کل تقدیر، و تمیز الموارد موکول بنظر المتعاقدین.

(الامر التاسع) قال المصنف: انه کما یجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن کذا یجوز للمشتری اشتراط الفسخ برد المثمن.

و الحق أن یقال: ان المدرک فی المقام ان کان دلیل وجوب الوفاء بالشرط لا یمکن الالتزام بصحه الشرط المذکور لکونه خلاف الکتاب و السنه، و انما التزمنا بصحه اشتراط الخیار عند رد الثمن للروایات الخاصه. و ان کان المدرک الروایات الخاصه فأیضا یشکل الالتزام بالجواز، فان موردها شرط رد الثمن فلا یتعدی الی غیر موردها. لکن لا یبعد أن یکون الجواز بین الاصحاب مما لا شبهه فیه، و علی تقدیر الجواز یجری فیه جمیع ما ذکرناه فی رد الثمن فلاحظ.

[مسأله لا إشکال و لا خلاف فی عدم اختصاص خیار الشرط بالبیع و جریانه فی کل معاوضه لازمه]

اشاره

أقول: یقع الکلام فی أن هذا الخیار یجری فی غیر البیع من العقود

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۶۸

...

اللازمه، و هل یجری فی العقود الجائزه، و هل یجری فی الایقاعات؟ فلا بد من البحث فی مقامات ثلاث:

(المقام الاول) فی جریانه فی غیر البیع من العقود اللازمه و عدم جریانه.

اشاره

و الحق أن يقال انه لو كان المدرك تلك النصوص الخاصه فلا يمكن التعدى الى غير البيع، اذ لا عموم و لا اطلاق فيها، فعليه لا بد من النظر الى كل واحد من العقود اللازمه كى نرى أنه يمكن الالتزام بجريان الخيار فيه بحسب ما بأيدينا أم لا، فنقول: ان من العقود اللازمه هى الاجاره فهل يجرى فيه خيار الشرط أم لا. الحق أن يقال: انه لا شبهه فى جريانه لقيام السيره الكاشفه عن رأى المعصوم فلا مجال للبحث عن شمول الروايات لها و عدمه، اذ أن المفروض أن جريان هذا الشرط فيها أمر مسلم عند المتشرعه بما هم كذلك و منها النكاح، أما من ناحيه المقتضى فالحق عدم ما يقتضى الجواز، فان النصوص الخاصه لا تشمله و دليل الشرط أيضا لا يشمله، لان هذا الشرط على خلاف الكتاب فانه يجب الوفاء بالعقد.

و لو وصلت الى مرحله الشك لا يجوز التمسك بالدليل، اذ مقتضى الاستصحاب أن هذا الحق لم يجعل فى الشريعه، فشرطه على خلاف الجعل الشرعى. مضافا الى أن عدم الجواز لعله مما لا شبهه فيه و لا كلام فيه بين الاصحاب،

و أما من ناحيه المانع فربما يعد موانع فى المقام:

المانع الاول – قيام الاجماع على عدم جواز الشرط المذكور فى النكاح.

و فيه ما فيه، فانه كيف يحصل فى مثل المقام اجماع تعبدى.

المانع الثانى – انه ثبت فى الشريعه أن رافع النكاح انما هو الطلاق فلا يرتفع بالفسخ.

و فيه أن اثبات الشى ء لا ينفى ما عداه، و الذى يشهد لما ذكرنا أن الخيار ثابت فى النكاح فى جمله من الموارد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۶۹

...

المانع الثالث – ان الخيار يجرى فى مورد يكون التقايل فيه جائزا كالبيع مثلا،

و بما أن التقايل لا طريق له فى النكاح فكذلك الخيار. و فيه ان هذا مجرد ادعاء، و لذا يجرى الخيار فى النكاح ببعض العيوب، فلا ملازمه بين الامرين.

المانع الرابع – ان النكاح فيه شائبه العباده، و كل ما كان كذلك فلا يقبل الرجوع،

لقوله «ما كان للّه لا رجعه فيه» «۱».

و فيه: أولاـ بالنقض فى موارد يجوز الرجوع فيها، كما اذا تحقق أحد من موجبات فسخ النكاح. و ثانيا ان النكاح لا يشترط فيه قصد القربه قطعا.

المانع الخامس– ان جعل خيار الفسخ فى النكاح موجب لابتذال المزوجه و هو ضرر عليها فيشمله دليل نفى الضرر.

و يرد عليه: أولاـ ان الدليل أخص من المدعى، اذ ربما لا يكون كذلك بل يكون الامر بالعكس. و ثانيا ان الزوجه بنفسها قد أقدمت على ذلك على الفرض و مع الاقدام كيف يمكن التمسك بدليل نفى الضرر.

أضف الى ذلك أن دليل نفى الضرر لا يستفاد منه الا الحكم التكليفى و هى الحرمه، و هى لا تنافى الصحه كما حقق فى محله.

المانع السادس– ان بناء النكاح يكون على الدوام، فيكون شرط الخيار منافيا لمقتضى العقد.

و يرد عليه: انه لا ينافى الدوام بل يؤيده، و انما المنافى للدوام التوقيت لا جعل الخيار.

المانع السابع– ان لزوم النكاح حكمى فلا يكون قابلا للفسخ.

و فيه: انه أول الدعوى. و ملخص الكلام أن القصور فى ناحيه المقتضى

---

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١١ من أبواب الوقوف و الصدقات الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ١٧٠

...

و تسلم الامر عند الكل و منها الوقف.

و ما قيل أو يمكن أن يقال فى عدم جواز اشتراط خيار الفسخ فيه أمور:

الاول– الاجماع.

و فيه ما تكرر منا من الاشكال فى الاجماعات.

الثانى- ان الوقف من الامور العباديه

و لذا يشترط فى تحققه قصد القربه فيكون داخلا فى عموم قوله «ما كان للّه فلا رجعه فيه» «۱».

و استشكل سيدنا الاستاذ دام ظله بأن هذه الروايه لا تعم جميع ما كان للّه، فانها ناظره الى ما كان قصد القربه مقوما له كالصدقه، و أما ما لم يكن كذلك بل كان قصد القربه شرطا له كما فى المقام فلا تشمله الروايه و الا يلزم عدم جواز الفسخ فى البيع الذى تحقق له تعالى.

و يرد عليه: ان ما أفاده خلاف الاطلاق المستفاد من الروايه، فان مقتضى اطلاق الروايه أن كلما يكون له تعالى لا رجوع فيه. لكن الاشكال فى اشتراط القربه فى الوقف، و لذا قيل يصح الوقف من الكافر و كيف يتمشى منه قصد التقرب و لا شبهه فى صحه وقف المخالف و الحال أن الولايه شرط صحه العباده.

الثالث- ان الوقف عباره عن فک الملک و لا يقابل بالعوض،

و الخيار انما يتحقق فى المعاوضات.

و يرد عليه: أولا انا لا نسلم كون الوقف فك الملك مطلقا، بل ربما يكون تمليكا غايه الامر يكون ملكا محبوسا لا يجوز لمالكه التصرف فيه.

و ثانيا: انا لا نسلم ان العقد لو لم تكن فيه المعاوضه لا يتحقق فيه الخيار.

و ان شئت فقل الاشكال إما ناش من عدم العوض فلينتقض بالهبه المعوضه، و اما ناش من عدم كونه ملكا فنقول ربما يكون ملكا مضافا بأن التحرير لا يمكن

---

(۱) الوسائل، الباب ۳ من الوقوف، الحديث ۳.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۷۱

...

الرجوع فيه أول الكلام.

الرابع- ان بناء الوقف يكون على التأبيد فجعل الخيار ينافيه.

و فيه: أولاـ ان بناء الوقف لاـ يكون على التأبيد مطلقا، فان الوقف الموقت جائز على ما سلكناه. و ثانيا انه لا منافاه بين التأبيد و جعل الخيار، كما أن الامر كذلك فى البيع فان البناء فيه على التأبيد و يجوز جعل الخيار فيه.

ان قلت: ان الوقف يقتضى سكون الموقوف و عدم حركته، و اشتراط الخيار ينافيه.

و فيه: ان الاقتضاء المذكور فى الوقف انما يكون فيما لا يجعل فيه الخيار و الا فلا اقتضاء فيه.

الخامس – النص الوارد فى المقام،

فان فى المقام روايتين:

الاولى– ما رواه اسماعيل بن الفضل قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله فى حياته فى كل وجه من وجوه الخير. قال: ان احتجت الى شى ء من المال فأنا أحق به ترى ذلك له و قد جعله اللّه يكون له فى حياته فاذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقه. قال: يرجع ميراثا على أهله «۱».

و تقريب الاستدلال: ان الشرط فاسد فيفسد العقد، و لذا حكم عليه السلام بانتقاله ارثا، اذ الانتقال لم يتحقق بالوقف.

و ربما يستدل بها على الصحه، حيث أن الامام حكم بكون العين ميراثا فيصح جعل الخيار.

و استشكل سيدنا الاستاذ دام ظله بأن الاستدلال على الصحه يحتاج الى تقدير، بأن يقول السائل فاحتاج ففسخ، و هو خلاف الظاهر.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۳ من أبواب الوقوف، الحديث (۳).

...

و يرد عليه: ان هذا المعنى يستفاد من ظاهر الروايه و لا يحتاج الى التقدير لكن الحق أن يقال: ان الروايتين المذكورتين خارجتان عن موضوع البحث فانهما تدلان على صحه الوقف الموقت.

و أفاد سيدنا الاستاد دام ظله بأن كلما يجرى التقايل فيه يجرى الخيار فيه و

كلما لا يجرى التقايل فيه لا يجرى الخيار فيه، و حيث ان الوقف لا يجرى فيه الاقاله لا يجرى فيه الخيار.

و فيه: انه لا يرتبط أحد البابين بالاخر كما تقدم، فلو ثبت اجماع تعبدى على الجواز نلتزم به، و الا فعلى القاعده لا يجوز جعل الخيار فيه بالشرط، فان مقتضى عدم جعل هذا الحق فى الشريعه يقتضى أن يكون شرط الخيار خلاف المقرر الشرعى فلا يصح، كما أن مقتضى عدم الانتقال بالفسخ فساد الشرط.

و منها- الصدقه. و استدل على عدم الجواز بالنص الدال على أن ما كان للّه لا يرجع. و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير بأن هذا حكم طبعى كالبيع حيث ان طبعه اللزوم و لا ينافيه جعل الخيار، فالاولى فى التقريب أن يقال: انه يفهم من هذا العام حكما غير قابل للتخصيص، كقوله «ما خالف الكتاب فاضربه على الجدار».

و يرد عليه: ان الاطلاق المستفاد من الروايه يقتضى الفساد.

و أفاد السيد فى الحاشيه بأن مفاد الروايه الرجوع بلا- جعل الخيار و أما معه فلا تدل عليه الروايه. و فيه: أنه خلاف الاطلاق المستفاد منها.

و أفاد أيضا: ان الرجوع بالخيار لا يكون رجوعا، لان اخراج المال بالخيار ليس اخراجا على كل حال و هو ليس اخراجا حقيقه. و ما أفاده أيضا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۷۳

...

فاسد، فان الاخراج بالخيار مصداق للإخراج. و الحق أنه لا- قصور فى الروايه دلاله، مضافا الى أن الشك فى الصحه يكفى للبطلان كما أفاده قدس سره.

و منها- الصلح. فانه هل يجوز فيه جعل الخيار مطلقا أو لا يجوز كذلك أو يفصل بين ما كان فائدته الابراء فلا يجوز و بين غيره فيجوز؟ فنقول: لو قلنا

بـان الصـلح ليس عقـدا برأسه فلاـ مجـال لهـذا البحث فيه، و ان قلنا انه عقـد برأسه فنقول لا مجال للتمسك بالإجماع لما فيه من الاشـكال، لكن حيث أن عموم وجوب الوفاء يقتضـى اللزوم فالشرط يكون على خلاف الكتاب، كما أن مقتضى عدم هذا الحق مجعولا من قبل الشارع يقتضى فساد الشرط.

و منها- الضـمان. أفاد المحقق النائينى قدس سره بأن لزومه حكمى، و المراد باللزوم الحكمى أنه لا يجرى فيه التقايل. و أفاد بأن أثره انتقال الضـمان الى ذمه الضامن فلا يضـمن المضـمون عنه الا بضمان آخر. و هذا الذى أفاده قدس سره لا يكون برهانا على المدعى، و قد ذكرنا أن جريان الخيار لا يسـتلزم جواز التقايل، فان كلا منهما يتوقف على دليله، و العمده أن شرط الخيار يحتاج الى الدليل، و حيث لا يكون فلا يمكن الالتزام به، و دليل نفوذ الشرط لا يحقق موضوعه.

و منها- الرهن. فان المصرح به فى كلام غايه المرام على ما فى كلام الشيخ قدس سره أن جعل الخيار فيه ينافى كونه وثيقه.

و فيه: انه ان ساعد الدليل فلا اشـكال من هذه الناحيه، اذ المفروض أنه برضـى الطرفين، فالعمده عدم الدليل، بل مقتضـى الاصل عدم المشروعيه.

و منها- الصرف نقل عن بعض الشافعيه أن مصلحه اشتراط القبض فى المجلس لقطع العلقه و جعل الخيار ينافى هذا الغرض.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۷۴

...

و فيه: أولاـ مـا الـدليل على كون المصـلحه مـا ذكر، و ثانيـا أنه يمكن أن يقطع العلقه من نـاحيه و يجعـل العلقه من ناحيه أخرى بالتراضـى بين المتعاقـدين، و العمده مساعده الدليل. و يمكن أن ما ادعاه الشافعى يكون سـببا لما عن السـرائر و الغنيه من دعوى الاجماع

على عدم دخول الخيار فيه، و حال مثل هذه الاجماعات ظاهر.

و منهـا- القسـمه. و فصـل الشـيخ بين القولى منهـا و الفعلى فـالتزم بالجواز فى الاول و بالمنع فى الثانى، بـدعوى أنه لا يمكن أن يرتبط القول بالفعل، و حيث أن الشرط متحقق بالقول فلا يجرى فى الفعلى منها و لذا لا يجرى فى المعاطاه أيضا.

و يرد عليه: أولاـ أنه لا مانع من ارتباط القول بالفعل كما هو ظاهر، و ثانيا انه يمكن أن يتحقق الاشتراط بـدال فعلى و لو مع ضـم القرائن أو المقاوله السابقه على العقد، فالعمده أن القصور فى المقتضى و عدم الدليل فى مقام الاثبات.

و ملخص الكلام أنه يمكن الالتزام بجريان شرط الخيار فى العقود اللازمه بأحد أمور:

الاول – الاجماع.

و اشكاله ظاهر.

الثانى – بأن اطلاق دليل الشرط يقتضى الصحه.

و فيه: ان الحكم لا يحقق موضوعه و دليل الاشتراط ليس مشرعا فلا بد من اثبات الجواز فى الرتبه السابقه.

الثالث – عموم دليل وجوب الوفاء بالعقد،

بدعوى أنه يقتضى صحه العقد بتمام شئونه و الشرط من شئونه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۷۵

...

و فيه: انه يشترط فى الشرط أن لا يكون مخالفا، و الاصل يقتضى عدم جعل هذا الحق للشارط.

الرابع – أن الاقاله جائزه فشرط الخيار أيضا جائز.

و فيه: انه لاـ ملاـزمه بين الاـمرين، فـان الاقاله رفع اليـد من العقـد من الجانبين، و الفسـخ رفع اليـد و لو مع عـدم رضـى الاخر. و الحاصـل انه لا تلازم بين الامرين، فانقـدح أنه لو لم يقم دليل على الجواز ففى كل مورد شك فى الجواز الاصل عـدم الجواز و فساد الشرط.

(المقام الثانی) انه هل یجری خیار الشرط فی العقود الجائزه أم لا.

اشاره

و استدل علی عدم الخیار بأمور:

الاول- ان جعل الخیار مع کون العقد جائزا یکون لغوا،

اذ العقد الجائز لا ینفک عن الجواز فلا یترتب علیه أثر فیکون لغوا.

و یرد علیه: انه لا- نسلم کونه لغوا بل یترتب علیه الاثر و هو انتقاله الی الورثه بموت من یکون له الخیار. و أیضا یظهر أثر الجعل فی صوره لزوم العقد الجائز کتصرف المتهب فی العین الموهوبه

الثانی- ان اشتراط الخیار فی العقد الجائز یوجب اجتماع المثلین.

و فیه: انه قد مر الجواب عنه فی بحث خیار المجلس، مضافا الی ما قیل ان الخیار الحکمی متعلق بالعین و الحقی متعلق بالعقد.

الثالث- ان اشتراط الخیار فی المقام تحصیل للحاصل،

فان جواز الفسخ حاصل و لا یحتاج الی تحصیله باشتراط الخیار.

و فیه: ان الحاصل بالشرط فرد آخر من الخیار غیر ما کان حاصلا، فلیس

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۷۶

...

تحصیلا للحاصل.

الرابع- ان اشتراط الخیار فی العقود الاذنیه لا یرجع الی محصل،

لان وجود العقد متقوم بالاذن فاذا رفع الاذن عن اذنه یرتفع الجواز.

و یرد علیه: أولا ان الدلیل اخص من المدعی لعدم کون العقود الجائزه إذنیه بتمامها، و ثانیا ان العقود الاذنیه اذا تحققت بصوره

العقد يترتب عليها أحكام العقود و منها اشتراط الخيار فيها.

و لكن الذى يسهل الخطب أن الكلام فى المقتضى، فانه لا دليل على صحه هذا الشرط، و اذا شك فيه فالاصل عدمه. و لا يمكن التمسك بالعمومات لكونه شبهه مصداقيه، و أصاله عدم جعل الشارع هذا الحق للمتعاقدين يقتضى أن يكون الشرط على خلاف السنه.

(المقام الثالث) فى جريانه فى الايقاعات و عدمه،

اشاره

و ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه عدم الجواز أمور:

الاول – الاجماع،

فانه نقل عن المبسوط دعوى الاجماع على عدم جريانه فى الطلاق و العتق، و عن المسالك دعواه على عدم جريانه فى الابراء.

و فيه: انه على فرض تحققه محتمل المدرك.

الثانى – ان دليل الشرط منصرف عن الشرط الواقع فى ضمن الايقاع

كما انه منصرف عن الشرط الابتدائى، و عن القاموس ان الشرط التزام فى ضمن البيع و غيره بناء على كون المراد بالغير بقيه العقود.

و فيه: انه لا وجه للانصراف، و لا يلزم فى صدق عنوان الشرط تحقق الالتزامين بل يصدق و لو فى ضمن التزام واحد، و الشرط الابتدائى خارج بالتخصص

...

أو بالتخصيص.

الثالث – ان الايقاع أمر يقوم بالطرف الواحد و الشرط يتوقف تحققه على وجود الطرفين فلا يتحقق فى ضمنه.

و فيه: انه لاـ تنافى بين كون الايقاع قائما بشخص واحد، و الشرط الواقع فى ضمنه قائما بطرفين كما اعتق عبده و يشترط عليه شرطا.

الرابع – ان الايقاع أمر عدمى

فان العتق ازاله للملكيه و الفسخ أيضا ازاله للأمر الثابت، فمعنى الخيار فيه اعتبار العدم فى العدم.

و فيه: أنه يلزم أن يلاحظ وجه الاشكال، فان الاشكال اذا كان من باب استحاله اعاده المعدوم فهذا الاشكال فلسفى و تحقيقه موكول الى بحثه، و ربما يقال بجواز الاعاده. و كيف كان هذا الاشكال مشترك بين المقام و بقيه الموارد التى يجرى فيها الخيار، مضافا الى أنه ليس اعاده للمعدوم بل ايجاد لفرد مماثل للمعدوم و انما النظر المسامحى يراه اعاده، و ان كان الاشكال من ناحيه أن الفسخ ازاله للأمر الثابت فلا معنى لان يتعلق بالامر العدمى، فجوابه أنه لو كان مرجع الفسخ فى مثل هذه الموارد الى ايجاد أمر وجودى فلا اشكال، فان الرجوع فى العتق يرجع الى ايجاد الرقيه.

الخامس – ان المنشأ كعتق العبد مثلا اما معلق على شى ء و اما غير معلق،

فعلى الاول يرد عليه أن التعليق مبطل له، و على الثانى يكون الشرط ابتدائيا فلا يجب الوفاء به.

و يرد عليه: ان المنشأ معلق على التزام الطرف الاخر، الا أنه غير ضائر لان التعليق على أمر موجود بالفعل و محرز وجوده لا يكون مبطلا كما مر منافى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۷۸

قوله: الرابع خيار الغبن (۱).

بعض المباحث. و بعباره أخرى: بطلان التعليق بلحاظ الاجماع و يقتصر فيه على القدر المتيقن منه، و يشهد لما ذكرنا من عدم فساد الايقاع بالتعليق النص الوارد فيه «۱».

السادس – ان الخيار ملک فسخ العقد و لا حل الا بين الامرين فلا موضوع له فى الايقاع.

و فيه: ان الخيار عباره عن ملک فسخ ما أحقه ذو الخيار فله أن يرفع اليد عما فعله و اعتبره، و يشهد له صحه الاستعمالات المتداوله كقوله «عرفت اللّه بفسخ العزائم».

فانقدح مما تقدم أن العمده فى الاشكال عدم المقتضى للصحه، اذ دليل الشرط لا يكون مشرعا، مضافا الى ان أصاله عدم جعل الشارع هذا الحق للموقع يقتضى أن يكون الشرط خلاف السنه فيبطل.

[القسم الرابع خيار الغبن]

اشاره

أقول: انه نقل عن الصحاح ان الغبن بالتسكين نقص فى البيع و بالتحريك نقص فى الرأى، و هو فى الاصطلاح معاوضه المال بما يزيد على قيمته السوقيه و لا تكون الخديعه معتبره فى صدق الغبن، كما أنه لا يشترط فيه كون المغبون جاهلا، و لذا يقال «فلان أقدم على معامله غبنيه» و ان كان معتبرا فى صدق معناه اللغوى. و على كل حال ان الغبن ليس بمجمل عند العرف، بل يعلمه الكل و لا حاجه الى اطاله المقال.

و الذى يهمنا فى المقام النظر الى أدله خيار الغبن و البحث عن مقتضاه، و قبل الخوض فى ذكر الادله لا بد أن نقول كما قال الشيخ: ان المراد بالزياده عن القيمه السوقيه أو النقص عنها ما يكون مع ملاحظه ما انضم اليه من الشرط، فلو باع كتابا يساوى عشره دنانير بأقل منه مع اشتراط الخيار لنفسه فلا يكون مغبونا، لان للشرط قسطا من الثمن.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۶ الباب ۱۱ من أبواب العتق.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۷۹

...

فنقول: ما يمكن أن يقال فى وجه ثبوت هذا الخيار أمور:

الوجه الاول – الاجماع.

و فيه ما عرفت.

الوجه الثانى – ما استدل به العلامه فى التذكره و هو قوله تعالى «إِلّٰا أَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ مِنْكُمْ»

«۱» بتقريب أن المغبون لو عرف الحال لم يرض.

و وجه الشيخ كلامه بأن رضاء المغبون بكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبنى على عنوان مفقود و هو عدم نقصه عنه فى الماليه، فكأنه قال اشتريت هذا الذى يساوى درهما بدرهم، فاذا تبين انه لا يسوى درهما تبين انه لم يكن راضيا به عوضا، لكن لما كان المفقود صفه من صفات المبيع لا يكون تبين فقده كاشفا عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصوده التى لا يوجب تبين فقدها الا الخيار فرارا عن استلزام لزوم المعامله الزامه بما لم يلتزم و لم يرض به، فالايه انما تدل على عدم لزوم العقد، فاذا حصل

التراضی بالعوض الغیر المساوی کان کالرضا السابق بفحوی حکم الفضولی و المکره.

و أورد علیه الشیخ بوجوه:

الاول- ان الوصف المذکور لیس عنوانا للعوض حتی یوجب تخلفه الخیار بل لیس الا من قبیل الداعی الذی لا یوجب تخلفه شیئا.

الثانی: ان الوصف المذکور قد لا یکون داعیا أیضا، کما اذا کان المقصود ذات المبیع من دون ملاحظه مقدار مالیته، فقد یقدم علی أخذ الشی ء و ان کان ثمنه أضعاف قیمته.

الثالث- ان أخذه علی وجه التقیید لا یوجب خیارا اذا لم یصرح به فی متن العقد.

أقول: ان الاشکال الاول و الثانی من الشیخ علی الاستدلال متین جدا،

---

(۱) سوره النساء: ۲۹.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۸۰

...

و أما الاشکال الثالث منه فلا یمکن المساعده علیه، لأنه لا یجب أن یکون الشرط مذکورا فی متن العقد بل المقدر أیضا کالمذکور. و بهذا التقریب تثبت جمله من الخیارات، الا أنه مع ذلک لا یمکن المساعده علیه، لأنه اما علی نحو التقیید و اما علی نحو

التعليق، أما ان كان بنحو التقييد فالتقييد فى الجزئى الخارجى غير معقول، و على فرض كونه قابلا للتقييد فلا معنى للخيار بل يبطل البيع من رأسه، و ان كان على نحو التعليق فهو أيضا باطل لا يمكن الالتزام به، اذ التعليق يوجب بطلان العقد. مضافا الى أن انتفاء المعلق عليه يوجب البطلان لا ثبوت الخيار.

و أيضا لا- يمكن المساعده على ما ذكره فى مقام التوجيه بأن المقام أولى من باب الفضولى، حيث قال: فاذا حصل التراضى بالعوض غير المساوى كان كالرضا السابق لفحوى حكم الفضولى، فانك ترى أن المقام ليس أولى من الفضولى. و لا يمكن قياس المقام به لان العقد تام من جميع الجهات هناك الا الانتساب و هو يحصل بالاجازه فيكون العقد صحيحا، بخلاف المقام فان الكلام فى تحقق شرائطه و اذا تحققت الشرائط لا يحتاج الى الاجازه لحصول الانتساب بدونها، مضافا الى أن لنا كلاما فى الفضولى حققناه فى محله فراجع.

الوجه الثالث– ما أفاده الشيخ قدس سره حول الآيه الشريفه،

و هو الاستدلال بصدر الايه، بتقريب: ان أكل المال على وجه الخديعه ببيع ما يسوى درهما بعشره دراهم مع تسلط المخدوع بعد تبين انخداعه على رد المعامله و عدم نفوذ رده أكل للمال بالباطل، أما مع رضاه بعد تبين فلا يعد أكلا بالباطل و مقتضى الايه و ان كان حرمه الاكل حتى قبل تبين الخديعه الا أنه خرج بالإجماع و بقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعامله.

و يرد عليه: أولا ان الخديعه ليست معتبره فى صدق الغبن حتى يقال ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۸۱

...

اكل المال على وجه الخديعه أكل المال بالباطل.

و ثانيا– أنه ان كان اكل المال بالسبب الصحيح و هو البيع فلا يكون باطلا و ان كان

بالسبب الباطل فلا وجه لصحته بعد ذلک، اذ الشی ء لا ینقلب عما هو علیه، فتکون النتیجه البطلان لا الخیار.

و ثالثا- ان الاجماع علی تسلیم تحققه محتمل المدرک فلا یعتنی به.

و رابعا- ان الباء فی کلمه «بالباطل» سببیه لا للمقابله، فالاکل فی المقام بسبب صحیح و هو البیع و لا وجه للبطلان.

لا یقال: انا لا نسلم کون البیع الموجود سببا صحیحا للأکل، فانه وقع علی وجه الخدیعه و هو سبب باطل فالاکل به یعد باطلا. لأنا نقول: لم یقم دلیل علی بطلان البیع الخدعی.

ثم أفاد المصنف أن صدر الایه الدال علی البطلان معارض لذیلها، و هو قوله تعالی «الا أن تکون تجاره عن تراض» بناء علی ما ذکرنا من عدم خروج ذلک عن موضوع التراضی، و بعد التکافؤ یرجع الی أصاله اللزوم.

و فیه: ان الاستثناء فی الایه اما منقطع و اما متصل، فعلی الاول یکون عدم التعارض واضحا، لتعدد الموضوع. و علی الثانی أیضا یمکن أن یقال بعدم التعارض، لان المتفاهم منه ان اکل المال من دون سبب شرعی و ان کان باطلا الا أنه یجوز ذلک مع رضا صاحبه فیکون الذیل قرینه علی صدرها.

و استدرک بقوله: الا أن یقال ان التراضی مع الجهل بالحال یخرج عن کون أکل الغابن لمال المغبون الجاهل اکلا بالباطل. هذا علی نسخه و فی بعض النسخ «لا یخرج» مکان «یخرج»، و اختلف بین الاعلام فی زیاده حرف النفی و عدمه، فذهب الایروانی قدس سره الی الاول و علیه یرتفع التعارض

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۸۲

...

و أما علی الثانی فلم یکن استدراکا للمعارضه بل مقرر لها، و الظاهر هو الاول.

ثم قال قدس سره بأنه یمکن أن یقال: ان آیه التراضی

تشمل غير صوره الخدع، كما اذا أقدم المغبون على شراء العين محتملا لكونه بأضعاف قيمته فيدل على نفى الخيار فى هذه الصوره من دون معارضه، فيثبت عدم الخيار فى الباقى بعدم القول بالفصل، فتعارض مع آيه النهى المختصه بصوره الخدع الشامله غيرها بعدم القول بالفصل، فيرجع بعد تعارضهما بضميمه عدم القول بالفصل و تكافؤهما الى أصاله اللزوم.

و يرد عليه: ان عدم القول بالفصل لا يمكن التمسك به لإثبات المدعى، اذ لا يكون اجماعا. و على فرض رجوعه الى الاجماع لا أثر له لاحتمال كونه مدركيا، مضافا الى أنه اجماع منقول لم تثبت حجيته، أضف الى ذلك أنه لا وجه لعدم الخيار مع احتمال التفاوت، فانه لو تم دليل الخيار يقتضى ثبوته حتى فى صوره الاحتمال.

(الوجه الرابع) ما أفاده المحقق النائينى قدس سره من الاستدلال بالآيه الشريفه بمجموع المستثنى و المستثنى منه،

بتقريب: ان معنى الايه الشريفه فى قوه أن يقال: لا تتملكوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه فانه باطل الاعلى وجه التكسب عن رضا، فالتملك بدون رضا المغبون تملك بالباطل و مع رضاه تملك صحيح.

ثم ان رضاه بالتجاره بمعناها الاسمى المصدرى هو المعتبر فى العقد و رضاه بها حاصل مع عدم علمه بالغبن، و أما مع علمه به فاذا رضى به دخل فى عقد المستثنى و الا دخل فى المستثنى منه، و لا نعنى بالخيار فى المقام الا ذلك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۸۳

...

نعم لو كان المراد معناها المصدرى فمع عدم حصول الرضا تبطل رأسا و لا يمكن تصحيحه بالاجازه اللاحقه.

و يرد عليه: أولا- أن نتيجه ما أفاده قدس سره هو بطلان البيع لا- ثبوت الخيار، لان المفروض عدم الرضا فيدخل فى التملك الباطل.

و ثانيا- انا لا نسلم لزوم الرضا فى صحه التجاره بقاء أيضا، بل ان الرضا فى الحدوث

کاف لصحه التجاره، و هی کانت موجوده فی المقام علی الرضا.

و ثالثا- ان الفرق المذکور بین المصدر و اسم المصدر بأن الثانی له اعتبار استمرار و بقاء و قابل لان یلحقه الرضا بعد العقد بخلاف الاول، لا یساعده الدلیل بل التفکیک بینهما غیر معقول فی بعض الموارد کما فی المقام و فی الضرب. نعم ان ما ذکره صحیح فی بعض الموارد کالطهاره مثلا، الا أن الحکم بذلک فی جمیع الموارد کما تری.

و رابعا- انه لا دلیل علی کون الشرط معنی اسم المصدر، بل الظاهر ان الشرط هو المعنی المصدری.

(الوجه الخامس) قوله صلی اللّه علیه و آله «لا ضرر و لا ضرار»

«۱» بتقریب ان لزوم مثل هذا البیع و عدم تسلط المغبون علی فسخه ضرر علیه. و بعباره أخری: ان الحکم بلزوم العقد ضرر علی المغبون، و هو منفی فی الشریعه المقدسه.

و افاد الشیخ قدس سره: بأن هذا الدلیل أقوی ما استدل به العلامه فی التذکره و غیرها. و لا یخفی أن الاستدلال بالقاعده مبنی علی مسلک المشهور، و أما علی ما سلکناه تبعا لشیخ الشریعه قدس سره من أن المستفاد من القاعده حرمه الاضرار لا نفی الحکم الضرری فلا مجال للتمسک بها کما هو ظاهر. نعم

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۷ من أبواب الخیار.

...

علی مسلک المشهور للتمسک بها مجال، لکن مع ذلک یرد علیه أمور:

منها- ان دلیل نفی الضرر ینفی الحکم علی مبنی المشهور و لا یثبت به تغریم الغابن. و بعباره أخری: انه من الادله النافیه لا المثبته، و أما علی مسلک المنصور فالمستفاد منه الحکم التکلیفی فقط، فقد ذکرنا فی محله أن المستفاد من القاعده حرمه الاضرار بالغیر، و التفصیل موکول الی محله.

و منها- أن جریان دلیل نفی

الضرر للمغبون معارض لجريانه للغابن، فانه ربما يكون حل العقد ضررا على الغابن، كما اذا كان غرضه التحفظ على أصل الثمن للخصوصيات المطلوبه فيه.

و يرد عليه نقضا و حلا: أما النقض فبما اذا اشترى الطعام للأكل و لم يكن له ذلك، فهل يمكن الالتزام بثبوت الخيار للمشترى، و أما الحل فبأن تخلف الدواعى و الاغراض لا يعد ضررا عند العقلاء، و بعباره واضحه: ان نقض الغرض لا يترتب عليه أثر.

و منها- ما أورده المصنف قدس سره بأن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فى العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الامضاء بكل الثمن، اذ يحتمل أن يتخير بين امضاء العقد بكل الثمن و رده فى المقدار الزائد، غايه الامر ثبوت خيار التبعض للغابن، فيكون حال المغبون حال المريض اذا اشترى بأزيد من ثمن المثل و حاله بعد العلم بالقيمه حال الوارث اذا مات ذلك المريض المشترى فى أن له استرداد الزياده من دون رد جزء من العوض.

و يحتمل أيضا أن يكون نفى اللزوم بتسلط المغبون على الزام الغابن بأحد الامرين من الفسخ فى الكل و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۸۵

...

أو بدله، و مرجعه أنه يكون للمغبون حق الفسخ اذا لم يرد الغابن المقدار الزائد، فالفرق بين الاحتمالين أنه على الاحتمال الاول يكون الاختيار بيد المغبون فله أن يرضى كما أن له أخذ الزائد من الغابن، و على الاحتمال الثانى ليس له ذلك بل الاختيار بيد الغابن. و بعباره أخرى: على الاحتمال الاول يجوز للمغبون الزام الغابن بدفع الزائد بخلاف الثانى، كما أنه على الاحتمال الاول ليس للمغبون أن يفسخ بمجرد عدم دفع الغابن

الزياده بل له أن يلزمه بـذلک و بعـد عـدم امكان الالزام يجوز له الفسخ، و فى الاحتمال الثانى يجوز الفسخ بمجرد عدم الدفع و عدم الفسخ، فالمبذول يكون غرامه لضرر المشترى الا أن يكون هبه مستقله.

و مـا ذكرنا نظير ما ذكره العلامه فى بيع المرابحه، فانه لو ظهر كـذب البائع ليس للمشترى الخيار، بل البائع مخير بين الفسـخ ورد الزائد، فالمتيقن من حق الفسخ للمغبون صوره امتناع الغابن من رد التفاوت.

ثم انه أفاد بأن المبذول ليس هبه مستقله حتى يقال بأنها لا توجب ارتفاع الخيار. و أيضا لا يكون جزء من العوض كما يقال كى يلزم الجمع بين العوض و المعوض فى الجزء، بـل غرامه نظير الارش فى خيـار العيب، و لـذا لا مجال لان يقال بأن الاستصحاب يقتضـى بقاء الخيار و قبول الهبه لا يوجب سـقوط الحق، فانه يرد فيه أنه ليس هبه بل غرامه أثبتها دليل نفى الضرر، و لان الشک فى الحدوث لا فى البقاء فلا مجال للاستصحاب.

ثم أفاد بأن تدارک ضـرر المغبون بأحد الاحتمالين أولى من اثبات الخيار له، لان الزام الغابن ضـرر عليه، و ضـرره و ان لم يكن بحد المعارضه لكن يوجب ترجيح بعض الاحتمالات، و غرض الغابن التحفظ على ما انتقل اليه. الا أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۸۶

...

يقال انه فى طرف المغبون كذلک.

و فيما أفاده جهات من الاشكال:

الاولى- لا وجه لاسترداد مقدار من الثمن بلا فسخ البيع فانه ينافى حقيقه المعاوضه.

الثانيه- ان أخذ الزياده هبه مسـتقله، لان ذمه الغابن ليست مشـغوله، و مع عدم الاشتغال يكون المأخوذ منه هبه، اذ الهبه عباره عن التمليک المجانى، فانه لا وجه لاشتغال ذمه الغابن، خصوصا اذا كان جاهلا. و

فى مسأله ظهور كـذب البائع فى مقدار رأس المال الذى فرض فى القواعد اذا انطبقت على ما هو مقرر فهو و الا فالكلام فيها هو الكلام.

الثالثه- أنه لا وجه لترجيح أحد الاحتمالين الاخرين على الاحتمال الاول، اذ كما أن استرداد الثمن من الغابن و إلزامه ضـرر عليه كذلك إلزامه بدفع الغرامه ضرر، فأى وجه للترجيح.

الرابعه- ان دليل لا ضرر لا يقتضى جواز أخذ الغرامه، فان المستفاد من القاعده نفى الحكم لا اثبات شى ء.

ان قلت: ان عـدم أخـذ الغرامه ضـرر على المغبون. قلت: ان الامر و ان كان كـذلك لكن دليل لا ضـرر ينفى الحكم الضـررى لا اثبات حكم يكون عدمه ضرريا.

الخامسه- ان نقض الغرض ليس ضـررا و على فرضه لاـ يوجب الخيـار، و الاـ يلزم الخيار فى كثير من المعاملات، كما لو اشترى الطعام للأكل و لم يتيسر أو اشترى الدواء للعلاج فلا يحتاج عليه أو علم عدم نفعه و هكذا.

السادسه- انه لا مجال للترديد بين الاحتمال الاول و الاحتمالين الاخيرين،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۸۷

...

لأنه لو كانت المعامله فاسده بالنسبه الى المقدار الزائد كما هو الاحتمال الثانى أو كان الغابن ضامنا كما هو الاحتمال الثالث فلا تصل النوبه الى الاحتمال الاول لأنه لا ضرر. و ان شئت فقل: ان الاحتمال الاول فى طول الاخيرين لا فى عرضهما.

و منها- ان المسـتفاد من اللاضـرر نفى الضـرر الناشى من حكم الشارع و أما الضرر الناشئ من عند نفسه فلا يمكن رفعه بالدليل المذكور، فان الضرر المتوجه الى المغبون يكون من قبل نفسه.

و يرد عليه: أن الشـخص قـد يكون عالما بالضـرر و يقـدم عليه فلا يكون مشـمولا لقاعده نفى الضـرر كالصـلح المحاباتى، و أما الجاهل بالضرر فلا

يصدق الاقدام به، فالضرر ينشأ من حكم الشارع بلزوم البيع.

و منها- ان اللزوم عباره عن عدم حل العقد، و هو أمر عدمی ليس قابلا للرفع حتی يرفع بدليل نفی الضرر، فان المرفوع به لا بد أن يكون أمرا وجوديا.

و يرد عليه: ان اللزوم عباره عن بقاء العلقه الی ما بعد الفسخ، و هو أمر وجودی قابل للرفع، فان عدم الحل يكون من لوازمه.

و منها- لو أغمضنا عن جميع ما ذكر و قلنا: ان دليل نفی الضرر يصلح لإثبات الخيار، و لكن نقول ان غايه ما يثبت به أن للمغبون أن يحل العقد الا أنه ليس محل النزاع فان المدعی ثبوت الخيار المصطلح الذی هو حق شرعی قابل للانتقال و هو لا يثبت به.

و منها- أنه علی فرض صحه التمسك بقاعده نفی الضرر نقول: ان المستفاد منها يكون فساد العقد لا اثبات الخيار، لان أصل العقد منشأ للضرر.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۸۸

...

ان قلت: ان الاجماع قائم علی صحه العقد. قلت: ان المنقول منه غير حجه و المحصل منه محتمل المدرك.

لا يقال: ان رفع صحه العقد يكون خلاف الامتنان. فانه يقال: انه لا نسلم ذلك، فانه لا شبهه فی أن دفع الضرر عن الغير لطف بالنسبه اليه فيكون امتنانيا.

(الوجه السادس) جمله من الروايات الوارده فی الغبن:

منها- عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال: غبن المؤمن حرام «۱».

و منها- قوله عليه السلام: غبن المسترسل ربا «۲».

و منها- غبن المسترسل سحت «۳».

و لا بد أن نبحث فی هذه الروايات من جهتين: الجهه الاولی فی السند، و الجهه الثانيه فی الدلاله.

(اما الجهه الاولی) فان الروايه الثانيه و الثالثه ضعيفتان سندا، أما الثانيه فبأبی جميله، و أما الثالثه فلان كتاب المستدرك لا يوجد فی مجموعه

خبر قابل للاعتماد، مضافا الی أن فی السند النوفلی و هو محل الاشکال. نعم لا بأس بالروایه الاولی.

(و أما الجهه الثانیه) فان الروایه الاولی و الثانیه کما تری أجنبیتان عن المـدعی، فان کون الغبن ربـاء أو حراما لا یـدل علی ثبوت الخیار للمغبون، و أما الروایه الثالثه فأفاد المصنف قدس سره یحتمل أن یراد کون الغابن بمنزله آکل السحت

---

(۱) الوسائل، الباب (۱۷) من ابواب الخیار، الحدیث (۲).

(۲) المستدرک الجزء (۲) ص ۴۷۴.

(۳) الوسائل، الباب (۱۷) من ابواب الخیار، الحدیث (۱).

...

فی استحقاق العقاب علی أصل العمل، و یحتمل أن یراد کون المقدار الذی یأخذه زائدا علی ما یستحقه بمنزله السحت فی الحرمه و الضمان، و یحتمل اراده کون مجموع العوض المشتمل علی الزیاده بمنزله السحت فی تحریم الاکل فی صوره خاصه، و هی اطلاع المغبون و رده للمعامله المغبون فیها.

و مع الاحتمالین الاولین لا وجه لحمله علی الثالث.

و السحت علی ما یظهر من اللغه عباره عن الحرام، و الظاهر من الروایه أن المقصود ان الغبن بالمعنی المصدری سحت، فیکون المقصود أن الغبن حرام تکلیفی فلا یرتبط بالمقام.

(الوجه السابع) ما روی عن النبی صلی اللّه علیه و آله: تلقی الرکبان لا یجوز

فـان تلقی و اشتری کان البائع بالخیار اذا ورد السوق «۱». الی أن قـال: دلیلنا اجماع الفرقه و أخبارهم، و روی أبو هریره ان النبی صلی اللّه علیه و آله نهی عن تلقی الجلب، فان تلقی متلق فاشتراه فصاحب السلعه بالخیار اذا ورد السوق.

و فیه: أولا انه لا اعتبار بالروایه سندا کما هو ظاهر، و انجبارها بالعمل مخدوش صغری و کبری.

و ثانیا- ان دلالتها علی المدعی مورد الاشکال، اذ غایه ما یستفاد من الروایه أن صاحب السلعه بالخیار اذا ورد السوق بلا تعرض

بالغبن و عـدمه. و من الممكن أن هـذا الخيار بنفسه مجعول فى الشـريعه فى مقابل بقيه الاقسام، و لذا قيل بأنه التزم بعض الفقهاء بثبوت الخيار فى المقام و لو لم يكن غبن، أضف الى ذلك أن ثبوت الخيار فى مورد بلحاظ الغبن لا يقتضى الملكيه.

(الوجه الثامن) و هو أتم الوجوه و اسدها: ان الانسان مدنى بالطبع يحتاج الى المعاش و المعامله،

---

(١) الخلاف ص ٥٨١، المسأله ٢٨٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ١٩٠

...

و لو لم يكن تساوى القيمه محفوظا فى المعـامله يختـل أمر العيشه و النظام، و كل واحـد من المتعاملين بحسب النوع يبنى على تساوى العوضين فى المعامله، و لذا قد يصرح به و قد يكتفى بالارتكاز، و المقام من قبيل الثانى.

و بعباره أخرى: ان الظاهر من مقام المعامله و التجاره أن اقـدامه على اعطاء العوض من باب البناء على أنه يسوى هـذا المقـدار و أن العوضين متساويان فى الماليه، فيكون بمنزله اشتراط المساواه، فتخلفه يوجب الخيار.

ان قلت: ان البنـاء على التسـاوى يكون من قبيل الـدواعى و تخلفها لا يوجب الخيار، و الا يلزم ثبوت الخيار فى تخلف كل داع و هو كما ترى.

قلت: ان الدواعى اما شخصيه و اما نوعيه، و تخلف الداعى النوعى يرجع الى الاشتراط، فتخلفه يوجب الخيار.

ان قلت: ان العقد مطلق و لم يشترط بشى ء.

قلت: انه مقدر ارتكازا، و المقدر كالمذكور. و بهذا التقريب يثبت جمله من الخيارات كخيار تخلف الوصف و تبعض الصفقه و الرؤيه و العيب. و لتوضيـح المقـام نقول: انه لاـ شـبهه فى أن النـاس بنوعهم فى معاملاـتهم فى مقـام حفظ التساوى اما يرجع الى التعليق و اما يرجع الى التقييـد، و ظاهر أن التعليق يبطل العقد، و الجزئى الخارجى غير قابل للتقييد، فينحصـر الامر باشتراط الخيار عند التخلف.

ثم انه هل يكون

مجال لجريان قاعده نفى الضـرر أم لا؟ الظاهر هو الثانى أما على مسـلكنا فظاهر و أما على المشـهور فلانصراف الدليل عن مورد الاقدام و المفروض أن الشـخص مع الالتفات و لو ارتكازا أقدم على المعامله فلا وجه للفساد. مضافا الى السـيره القطعيه المتصله بزمان المعصوم الكاشفه عن صحه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۱

قوله: مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران: الاول عدم علم المغبون بالقيمه (۱).

قوله: ثم ان الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلا من القيمه بالمره أو ملتفتا اليها و لا بين كونه مسبوقا بالعلم و عدمه و لا بين الجهل المركب و البسيط (۲).

المعاملات الغبنيه، انما الكلام فى ثبوت الخيار و وجهه. نعم لو فرض كون الشخص غافلا بالمره بحيث لم يصدق عنوان الاشتراط حتى بالارتكاز يكون مقتضى قاعده نفى الضرر على مسلك المشهور فساد المعامله، فلاحظ.

[مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران]

[الأول عدم علم المغبون بالقيمه]

أقول: أما على مسلكنا فالامر واضح، لأنه لو أقدم عليه مع العلم به فلا معنى لشرط الخيار، و أما لو كان المدرك دليل نفى الضرر فلو أقدم عليه مع العلم فلا يشمله الدليل. نعم لو كان غافلا يمكن أن يحكم بالخيار للدليل المذكور. و ملخص الكلام: انه مع العلم لو صدق عنوان الاقدام فلا خيار، و أما لو صدق عنوان الغفله عن الضرر فمقتضى قاعده نفى الضرر على المشهور الخيار.

أقول: الذى ينبغى أن يقال فى المقام: ان المدرك للخيار اما دليل نفى الضرر و اما الاشتراط فى ضمن العقد، و على الاول لا بد أن يلتزم بثبوت الخيار فى جميع الموارد الا فى مورد صدق الاقدام، و أما لو شك فى صدق الاقدام و عدمه و كان المخصص دائرا بين الاقل و الاكثر ففى المقدار المعلوم

يحكم بعدم الخيار و فى الباقى يحكم بالخيار.

و ربما يقال: بأنه مع الالتفات لا وجه للخيار، اذ مع الالتفات اما يعلق و اما يطلق، أما على الاول يبطل و أما على الثانى يصح بلا خيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۲

قوله: و لو أقدم عالما على غبن يتسامح فيه فبان أزيد بما يتسامح (۱).

و فيه: انه يمكن أن الشخص يقدم على النقيصه لكن مع الخيار، اذا المفروض أن القاعده تقتضى الخيار. هذا على المسلك المشهور، و أما على المسلك المنصور فالخيار ثابت فى جميع الصور، اذ المفروض أن المدرک هو الشرط الضمنى و الشرط ثابت مع الجهل أعم من أن يكون غافلا أو ملتفتا.

أقول: قد يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع و فى هذه الصوره ربما يكون اقدامه بشرط لا عن الزائد، و أخرى يكون لا بشرط:

اما الصوره الاولى فلا شبهه فى ثبوت الخيار لعدم الاقدام، و أما فى الصوره الثانيه فربما يقال بعدم الخيار، لان هذا الذى ظهر لا يقتضى الخيار بما أنه يتسامح فيه و الذى كان يعتقده قد أقدم عليه، فانضمام ما لا أثر فيه الى مثله لا يكون منشأ أثر.

و يرد عليه: أنه ان كان المدرک للخيار الشرط الضمنى فهو موجود، اذ لم يقدم على المجموع، و ان كان حديث نفى الضرر فأيضا يكون مقتضاه الخيار، اذ الضرر متوجه و لم يقدم عليه على الفرض.

ان قلت: ان ما ظهر بعد الاقدام لا يكون ضرريا حتى يشمله دليل نفى الضرر.

و بعباره أخرى: ان المجموع و ان كان فيه الضرر على المغبون الا أنه قد أقدم بمقدار يتسامح فيه، و لم يجر الدليل فى حقه لو لم يظهر

الغبن المتسامح فيه.

قلت: ان كل واحد منهما و ان كان مما يتسامح فيه منفردا الا أن المجموع يشمله دليل نفى الضرر.

و ثالثه- يقدم على ما يتسامح به ثم يظهر أزيد بما يتسامح بالمجموع، فلا يثبت الخيار على كلا المسلكين لعدم المقتضى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۳

قوله: ثم ان المعتبر القيمه حال العقد، فلو زادت بعده و لو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع، لان الزياده انما حصلت فى ملكه و المعامله وقف على الغبن. و يحتمل عدم الخيار حينئذ لان التدارك حصل قبل الرد (۱).

و رابعه- يقدم على ما يتسامح فيظهر أزيد بما يتسامح. و الحكم فى هذه الصوره حكم الصوره الاولى.

و خامسه- هذه الصوره بعينها مع ظهور الزياده بما لا يتسامح فيها. و الحكم فى هذه الصوره حكم الصوره الاولى، و الوجه فيه ظاهر.

الحق أن يقال فى المقام: ان المدرك لو كان الاشتراط فى ضمن العقد لا وجه لاحتمال عدم الخيار بل الخيار موجود للاشتراط الضمنى، و أما لو كان المدرك دليل نفى الضرر فلا وجه لثبوت الخيار. و مجرد وقوع المعامله مع الغبن مع حصول الزياده لا يوجب الخيار، اذ المفروض أنه على هذا المسلك يتوجه الضرر من ناحيه لزوم العقد، و المفروض أن اللزوم غير ضررى، فيجب الوفاء بمقتضى القاعده الاوليه.

الا أنه يشكل ذلك فى باب الصرف و السلم لو حصلت الزياده بعد القبض فعلى القول بأن المدرك للخيار الاشتراط فلو قلنا باشتراط تساوى العوضين عند العقد فلا بد أن نلتزم بالخيار، و لو قلنا باشتراطه حين دخوله فى الملك فلا وجه للخيار لحصول التساوى على الفرض، لكن الظاهر هو الاول. و أما ان كان المدرك قاعده نفى

الضرر فالحق عدم الخيار، لعدم ترتب ضرر على لزوم العقد.

ثم انه أفاد المصنف بأنه لو قلنا بوجوب التقابض بمجرد العقد فى الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجوب اقباض الزائد فى مقابله الناقص، لكن ظاهر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۴

...

المشهور عدم وجوب التقابض.

و يرد عليه اشكالان:

الاول- ان القول بكون وجوب التقابض وجوبا تكليفيا خلاف التحقيق كما اعترف المصنف بذلك.

الثانى- ان الخيار من الاحكام المترتبه على العقد الصحيح فكيف يمكن تحققه قبل القبض الذى يكون شرطا للصحه. نعم لو كان الاقباض واجبا يكون مقتضى قاعده نفى الضرر عدم وجوبه لكونه ضرريا.

هذا تمام الكلام فيما لو وقعت المعامله الغبنيه من المالك، و أما لو وقعت من الوكيل فهل يترتب على علمه و جهله أثر أم لا؟ و مقتضى التحقيق أن يفصل فى المقام بين الوكيل فى مجرد اجراء العقد و الوكيل المفوض، بأن يقال:

انه لو كان وكيلا فى مجرد العقد لا عبره بعلمه و جهله بل العبره بعلم الموكل و جهله، و أما لو كان وكيلا مفوضا اليه أمر المعامله فانه لو علم بالغبن فلا خيار له، سواء كان المدرك دليل الاشتراط أو دليل نفى الضرر، و سواء كان الموكل عالما بالغبن أو جاهلا به. اذ المفروض أنه مع العلم لا يشترط الخيار و أيضا يصح الاقدام على الضرر، و أما لو كان الوكيل جاهلا بالغبن و الموكل عالما به فالظاهر ثبوت الخيار لو كان المدرك الاشتراط.

لا يقال: انه لا يتصور معنى معقول للخيار فى المعامله الغبنيه من الوكيل اذ المفروض أن الوكيل مفوض و هو مع جهله يشترط الخيار، و أما لو كان المدرك قاعده نفى الضرر فالظاهر عدم الخيار، اذ يصدق أن الموكل مع علمه

بالحال أقدم على الضرر فلا تجرى القاعده، فما أفاده المصنف من عدم الخيار مبنى على هذا المبنى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۵

...

و الحاصل انها اما لازم أو باطل بلا تصوير صوره يكون فيها الخيار. توضيح ذلك: ان التوكيل اما أن يشمل المعامله الغبنيه أو يختص بغيرها. لا اشكال فى عدم الخيار فى الصوره الاولى، لان الموكل قد أقدم على الغبن بتعميم توكيله، و أما الصوره الثانيه فالمعامله فيها باطله، بمعنى أنها تقع فضوليا بعد أن لم تشملهما الوكاله.

و الجواب عنه نقضا بنفس الموكل فى معاملاته الغبنيه، فان أوقع معامله غبنيه فاما يطلق و اما يعلق على عدم الغبن، ففى الصوره الاولى قد أقدم على الغبن، و فى الصوره الثانيه يكون معلقا و التعليق باطل. مضافا الى أن المعلق عليه لا يتحقق مع عدم المعلق عليه.

و حلا بأنه يكون دليلا على ما هو الميزان فى المعاملات، بمعنى أنه يوكله فى المعامله بشئونها، فكأنه قائم مقام نفسه.

ثم ان الخيار فى المعاملات الغبنيه الصادره من الوكيل فهو للموكل أو للوكيل أو لكليهما.

و التحقيق أن يقال: ان الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه لا خيار له، و أما الوكيل المفوض فالظاهر ثبوت الخيار لكليهما، بلا فرق بين كون المدرك دليل الاشتراط أو دليل نفى الضرر، خلافا للسيد حيث فصل بين المدركين بالالتزام بأنه لو كان المدرك دليل نفى الضرر يختص الخيار بالمالك، لان عنوان المتضرر لا يصدق على الوكيل، و ان كان المدرك الاشتراط فالظاهر ثبوته لهما، فانه لو ثبت الخيار و لو من باب نفى الضرر يكون مقتضى القاعده ثبوته للوكيل أيضا لأنه وجود تنزيلى للمالك.

ثم أفاد المصنف قدس سره: ثم ان الجهل يثبت باعتراف الغابن و بالبينه

دراساتنا

من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۶

...

ان تحققت و بقول مدعيه مع اليمين لأصاله عدم العلم الحاكمه على أصاله اللزوم مع أنه قد يتعسر اقامه البينه على الجهل و لا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال. فتأمل.

أقول: ان الجهل ليس موضوعا للخيار و الحكم ليس متعلقا به، و اثبات الموضوع بأصاله عدم الجهل أصل مثبت.

و التحقيق أن يفصل فى المسأله بين كون مدرک الخيار دليل الاشتراط و دليل نفى الضرر: فعلى الاول يكون المغبون مدعيا و الغابن منكرا، اذ المغبون يكون قوله خلاف الاصل و لو ترک ترک. و أما على الثانى يكون الغابن مدعيا لأنه يدعى كون المغبون عالما بالغبن و اقدامه عليه و ان ترک ترک.

فانقدح ان ما أفاده المصنف و جمله من الاعلام ليس على ما ينبغى، و أما أمره بالتأمل فلعله اشاره الى أن تعسر اقامه البينه و عدم امكان الحلف لا يقتضيان تقديم قول المدعى، و على فرضه انما يتم فى صوره عدم ادعاء الغابن العلم لا مطلقا، بل ربما يقال بأنه يكفى أن يحلف على عدم علمه بالحال لا أن يحلف على علمه بعلم المغبون، اذ الحلف على البط فيما يرجع الى نفسه.

ثم أفاد المصنف ان قولنا «كون مدعى الجهل موافقا للأصل» انما يصح اذا لم يكن المغبون من أهل الخبره و الا فلا يقبل قوله كما فى جامع المقاصد و المسالک.

و قد يشكل بأن هذا انما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الاصل، فغايه الامر أن يصير مدعيا من جهه مخالفه قوله للظاهر، لكن المدعى لما تعسر اقامه البينه عليه و لا يعرف الامن قبله يقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل.

دراساتنا من

الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۷

قوله: و لو اختلفا فى القيمه وقت العقد أو فى القيمه بعده (۱).

الا أن يقال: ان مقتضى تقديم الظاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه لا جعل مخالفه مدعيا يجرى عليه جميع أحكام المدعى حتى فى قبول قوله اذا تعسر عليه اقامه البينه، ألا ترى أنهم لم يحكموا بقبول قول مدعى فساد العقد اذا تعسر عليه اقامه البينه على سبب الفساد.

هذا مع أن عموم تلك القاعده- أى قبول قول المدعى- ثم اندراج المسأله فيها محل تأمل، و الوجه فى التأمل فى عموم تلك القاعده أن مقتضى الادله أن اليمين حق المنكر فلا وجه لقبول قول المدعى بيمينه، و اما الوجه فى التأمل فى الادراج، فان تعسر اقامه البينه على الجهل فى مثل محل الكلام أول الدعوى فانه ربما يكون الاطلاع على الجهل أمرا ممكنا.

و يرد عليه: أولا ان مجرد كون قول أحد مخالفا للظاهر يجعله مدعيا غير وجيه.

و ثانيا- ان ما أفاده العلمان فى الجامع و المسالك لعله ناظر الى أن سماع الدعوى مشروط بكونه أمرا ممكنا عاده، و أما مجرد الامكان العقلى فلا أثر له.

و حيث أن دعوى الجهل من أهل الخبره بعيد فلا نسمع، فعدم السماع من هذه الجهه لا من جهه أن قوله مخالف للظاهر.

و ثالثا- انه لا وجه للتفصيل بأن يقال: انما يكون مدعيا بأن يقبل قول خصمه مع اليمين لا أن يسمع قوله مع اليمين، فان الكبرى لو تمت يترتب عليه الاحكام كلها و الا فلا، الا أن يقال بأن الضرورات تقدر بقدرها و التفصيل موكول الى محله.

أقول: لو وقع الخلاف بين الغابن و المغبون فى القيمه فله صور:

(الاولى) وقوع الاختلاف فى القيمه حال العقد مع اتفاقهما

على قيمته الفعليه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۸

...

مثلا أن البائع يدعى أن المبيع حال العقد يسوى عشره و تنزلت قيمته و المشترى يدعى أن قيمته حال العقد ثمانيه فلا غبن، و كلاهما متفقان على أن القيمه الفعليه ثمانيه دراهم.

(الثانيه) وقوع الاختلاف فى القيمه حال العقد مع اتفاقهما على قيمته سابقا.

(الثالثه) وقوع الاختلاف فى القيمه مع اتفاقهما على اتحاد قيمته حال العقد و قيمته الفعليه.

أفاد المصنف قدس سره ان القول قول منكر سبب الغبن لأصاله عدم التغير و أصاله اللزوم، و كأنه يرى تطابق الاصلين على الاطلاق، و لكنك ترى أن ما أفاده غير صحيح على اطلاقه، نعم هو متين فى بعض الصور المذكوره- و هو كما فى الصوره الاولى- فان أصاله عدم التغير يوافق أصاله اللزوم، و أما الصوره الثانيه- و هى صوره اتفاقهما على قيمته سابقا- فأصاله عدم التغيير يثبت الخيار للمغبون بخلاف أصاله اللزوم. و الحاصل ان التمسك بأصاله عدم التغير للزوم العقد على اطلاقه غير صحيح.

و استشكل المحقق النائينى على جريان الاصل بأن اصاله عدم التغيير من الاستصحاب القهقرائى الذى لا اعتبار به كما حقق فى محله.

و يمكن أن يجاب عنه: بأنه يجرى استصحاب القيمه الواقعيه المعلومه عند اللّه فيحكم بأنه ثمانيه دراهم الا انه مثبت، فانه ببركه استصحاب عدم التغير من حين العقد الى الان يثبت التساوى، فانه لو لم يتغير من حين العقد الى الان فلا خيار لمدعى التغير. لكن هذا الاصل بهذا التقريب مثبت، و هذا اشكال آخر غير ما أفاده الميرزا.

و التحقيق أن يقال: ان التغيير و عدمه ليسا موضوعين للحكم حتى يبحث

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۹

قوله: الامر الثانى كون التفاوت فاحشا (۱).

حوله، و الذى

ينبغى البحث فيه أن مدرك الحكم للخيار اما دليل الاشتراط أو دليل نفى الضرر، فعلى الاول ان أصاله عدم التغير لا يثبت الخيار الاعلى القول بالاصل المثبت. و بعباره أخرى: ان الاشتراط لا يثبت بالاصل فلا يتحقق الخيار.

و على الثانى ففى كل مورد يتحقق الضرر يتحقق الخيار، و فى الموارد المشكوكه يحكم بعدمه بأصاله العدم، فعموم دليل اللزوم محكم.

و ربما يتراءى من كلام السيد التمسك بالاستصحاب فيما اذا شك فى الخيار و عدمه و يحكم ببقاء الملكيه بتقريب أن الشك فى ثبوت الخيار يرجع الى الشك فى بقاء الملكيه بعد الفسخ.

و يرد عليه: انه لا تصل النوبه الى الاصل العملى ما دام الاصل اللفظى موجودا و قلنا ان المرجع عموم دليل لزوم العقد، مضافا الى أن الشك فى بقاء الملكيه بعد الفسخ مسبب من جعل حق الخيار، و الاصل عدم جعل هذا الحق.

[الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا]

اشاره

قد تقدم من المصنف أنه يشترط فى هذا الخيار أمران: الاول عدم علم المغبون بالغبن و قد اشبعنا الكلام فيه. الثانى كون التفاوت فاحشا. و ينبغى أن يقع البحث فى جهات:

(الجهه الاولى) ان التفاوت اليسير لا يوجب الخيار

بل لا بد أن يكون فاحشا أى لا يتسامح فيه- سواء كان المدرك دليل الاشتراط أو دليل نفى الضرر، أما لو كان المدرك دليل الاشتراط فان العقلاء لا يعتنون بالتفاوت اليسير، فلا يتحقق منهم الشرط الارتكازى. و أما لو كان الدليل نفى الضرر فانه لا يصدق الضرر على التفاوت اليسير و لا يصدق على المغبون أنه متضرر. و لكنه للمناقشه فيه مجال، لان الضرر عباره عن النقص فى المال، و هو موجود فى المقام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۰

...

ان قلت: ان الاجماع قائم على أن الضرر اليسير لا يوجب الخيار.

قلت: انه على فرض تحققه محتمل المدرك، فلا يمكن أن يعتمد عليه.

ان قلت: ان دليل نفى الضرر منصرف عن الضرر اليسير.

قلت: لا وجه للانصراف.

ان قلت: ان العقلاء يقدمون بهذا المقدار من الضرر.

قلت: ان الاقدام من البعض لا يقتضى الحكم الكلى.

و لكن الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان المدرك للخيار ان كان دليل نفى الضرر فلا بد من الالتزام بثبوت الخيار و ان كان الضرر شيئا يسيرا. نعم اذا كان بحيث لا يصدق عليه الضرر فلا يترتب عليه الحكم لانتفاء الموضوع.

و ان كان المدرك دليل الاشتراط فلا وجه للخيار، لان الضرر اليسير بحسب النوع و المتعارف عند العقلاء لا يعتنون به و لا يشترطون ذلك بالارتكاز.

(الجهه الثانيه) فى ضابطه تشخيص الفاحش بأنه ما الميزان فيه.

و قد تصدى بعض لذكر الضابط له الا أنه لا يرجع الى محصل، بل التشخيص فيه موكول الى العرف لعدم ضابط معين فيه، فلا يبعد أن ما نقل عن العلامه قدس سره من تفسيره «بما لا يتغابن فيه الناس» أى لا يعدونه غبنا هو الصحيح.

(الجهه الثالثه) انه اذا شك فى الغبن أنه الى حد يوجب الخيار أم لا،

و بعباره أخرى انه افاد المصنف أن المرجع عند الشك هو أصاله ثبوت الخيار لأنه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه و يحتمل الرجوع الى أصاله اللزوم لان الخارج هو الضرر الذى يكون فاحشا لا مطلق الضرر.

و الحق أن يقال: ان المدرك فى الباب لو كان دليل الاشتراط فمرجع الشك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۱

...

فى الفاحش و عدمه الى الشك فى الاشتراط الارتكازى و عدمه، بأن الاشتراط الارتكازى موجود فى المقام أم لا، فلا بد أن يتمسك بدليل اللزوم. و لعل مقصود المصنف من أصاله اللزوم هذا المعنى، أى دليل وجوب الوفاء لا الاستصحاب.

و أما لو كان المدرك دليل نفى الضرر فالشك فى تحقق الضرر الفاحش و عدمه يدفع بأصاله عدم تحقق الضرر، و ليس هذا تمسكا بالعام فى الشبهه المصداقيه، اذ بالاصل يحرز عدم كون العقد ضرريا.

و ربما يجاب: بأن الخارج الضرر المعلوم، و مع الشك لا مانع من التمسك بالعام. لكن هذا الجواب مخدوش بأن الموضوع الضرر الواقعى و ليس مقيدا بالعلم، فالحق فى الجواب ما ذكرنا. و يمكن اثبات اللزوم بوجه آخر أيضا، و هو أصاله عدم تأثير

الفسخ كما مر.

ثم ان الشيخ قدس سره افاد بأنه بقى هنا شى ء، و هو أن ظاهر الاصحاب و غيرهم أن المناط فى الضرر الموجب للخيار كون المعامله ضرريه مع قطع النظر عن ملاحظه حال اشخاص المتبايعين، و لذا

حدوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث كما عرفت عن بعض العامه.

و ظاهر حديث نفى الضرر المستدل عليه فى أبواب الفقه ملاحظه الضرر بالنسبه الى شخص الواقعه، و لذا استدلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير اذا أضر بالمكلف و وجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر به ذلك، مع أن اصل شراء الماء بأضعاف قيمته معامله ضرريه فى حق الكل.

و الحاصل: ان العبره اذا كان بالضرر المالى لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، و ان كان بالضرر الحالى تعين التفصيل فى خيار الغبن بين ما يضر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۲

...

بحال المغبون و غيره. و الاظهر اعتبار الضرر المالى لأنه ضرر فى نفسه من غير مدخليه لحال الشخص.

و تحمله فى بعض المقامات انما خرج بالنص «۱»، و لذا أجاب فى المعتبر عن الشافعى المنكر لوجوب الوضوء فى الفرض المذكور بأن الضرر لا يعتبر مع معارضه النص، و يمكن أيضا ان يلتزم الضرر المالى فى مقام التكليف، لا لتخصيص عموم نفى الضرر بالنص بل لعدم كونه ضررا بملاحظه ما بإزائه من الاجر، كما يشير اليه قوله عليه السلام بعد شرائه ماء وضوئه بأضعاف قيمته «ان ما يشترى به مال كثير».

نعم لو كان الضرر محجفا بالمكلف انتفى بأدله نفى الحرج لا دليل نفى الضرر، فنفى الضرر المالى فى التكاليف لا يكون الا اذا كان عمله حرجا.

و ربما يورد على الشيخ بأنه ما لفرق بين دليل نفى الضرر و دليل نفى الحرج حيث يكون التمسک بالاول غير صحيح بخلاف الثانى.

و يمكن أن يجاب بأن الشيخ ليس فى مقام الفرق بين الدليلين، فانه منكر للضرر فى المقام.

و ان شئت

قلت: ان بين الدليلين عموما من وجه، فربما يتحقق الضرر بدون الحرج و قد يتحقق الحرج بدون الضرر و قد يجتمعان معا.

و ربما يقال مؤيدا للشيخ أن ما بذله المشترى فى مقابل ما اشتراه من الماء فانه قيمته ذلك، فلا يكون المشترى متضررا فى ذلك بل انه أدى ثمنا فى مقابل الماء.

و الجواب عنه: ان الشيخ قد صرح بأنه يجوز شراء ماء الوضوء و لو بأضعاف قيمته، فان الماء الذى يسوى فلسا اذا اشترى دينارا يكون ضررا على

---

(۱) الوسائل، الجزء (۲) الباب (۲۶) من ابواب التيمم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۳

قوله: اشكال ذكر فى الروضه و المسالك تبعا لجامع المقاصد فى أقسام المغبون اما أن يكون هو البائع او المشترى أو هما معا- انتهى. فيقع الاشكال فى تصور غبن كل من المتابعين معا (۱).

المشترى بالوجدان. و الحق أن يقال: ان الميزان فى جريان القاعده هو الضرر المالى فى جميع الموارد و منها المقام، اذ الحكم ترتب على الموضوع، فالعبره بالضرر المالى، و أما شراء الماء فى باب الوضوء فانه خرج عن القاعده بالنص كما أفاده الشيخ.

و أما ما أفاده قدس سره بأنه يمكن أن يلتزم بأن شراء الماء بأضعاف قيمته لا يكون ضررا بملاحظه ما بإذائه من الاجر، لا يمكن المساعده عليه، لان الثواب مترتب على عنوان الاطاعه، و هى تتوقف على وجود الامر المتوقف على عدم كون متعلقه ضرريا، فاذا توقف عدم الضرر على الثواب يلزم الدور.

هذا أولا و ثانيا ان العوض الاخروى لا يوجب رفع موضوع الضرر و لا يتدارك الضرر الدنيوى، و الا لا يتحقق معنى لقوله تعالى من «جٰاهَدُوا فِينٰا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنٰا»، و يلزم أن لا يتحقق لها مورد فى

باب العبادات، و هو كما ترى. مضافا الى أن الاجر الاخروى لو كان رافعا للضرر يكون رافعا للحرج أيضا.

أقول: وقع الاشكال فيما بينهم فى تصور غبن كلاـ المتعاملين، و مناط الاشكال أن غبن البائع يتحقق فيما لو باع متاعه بأقل مما يسوى و غبن المشترى يتحقق فيما لو اشترى السلعه بأكثر، و غبن كلاهما يرجع الى بيع شى ء بأقل و اكثر. و هذا غير معقول، و لذا قيل فى تصور ما ذكر وجوه:

(منها) ما نقل عن المحقق القمى بأنها تفرض فيما اذا باع متاعه بأربعه توامين من الفلوس، بأن يعطيه عنها ثمانيه دنانير معتقدا أنها تسوى اربعه توامين ثم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۴

...

تبين أن المتاع يسوى خمسه توامين و ان الدنانير تسوى خمسه توامين الا خمسا، فصار البائع مغبونا من جهه كون الثمن أقل من القيمه السوقيه بخمس تومان و المشترى مغبونا من جهه زياده الدنانير على أربعه توامين، فالبائع مغبون فى أصل البيع و المشترى مغبون فيما التزمه من اعطاء الدنانير عن الثمن و ان لم يكن مغبونا فيه.

و يرد عليه كما أورده المصنف: ان مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل الى البائع بسبب مجموع العقد و الشرط، كما لو باع شيئا يسوى خمسه دراهم بدرهمين على أن يخيط له ثوبا مع فرض كون أجره الخياطه ثلاثه دراهم. و عليه يكون المغبون فى المثال البائع فقط.

(و منها) ما ذكره البعض- و المظنون كونه صاحب الجواهر- بأنه يتصور هذا المعنى اذا باع شيئين فى عقد واحد بثمنين يكون كل من المتعاملين مغبونا فى واحد منهما.

و يرد عليه: انه اما يكون ارتباط بين المعاملتين و اما يكون كل منهما

غير مرتبط بالاخر، أما على الثانى فيترتب على كل حكمه، و على الاول اما لا يكون عبن و اما يتوجه دون الاخر.

(و منها) ما عن مفتاح الكرامه بأنها تفرض فيها اذا ادعى كل من المتبايعين الغبن، كما اذا بيع ثوب بفرس بظن المساواه ثم ادعى كل منهما نقص ما فى يده عما فى يده الاخر و لم يوجد المقوم ليرجع اليه فتحالفا، فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل اليه.

و يرد عليه: أولا ـ ان الظاهر أن لازم التحالف عدم الغبن فى المعامله أصلا، و ثانيا انه على فرض التسليم يكون حكما ظاهريا و الحال أن الكلام فى الغبن الواقعى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۵

...

(و منها) أن يراد بالغبن فى المقسم معناه الاعم الشامل لصوره خروج العين المشاهده سابقا على خلاف ما شاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره، و قد أطلق الغبن على هذا المعنى فى كلام العلامه و غيره. و قد استحسن المصنف هذا الوجه، و لا وجه لاستحسانه، اذا الكلام فى الغبن بالمعنى الخاص كما نبه المصنف فى ذيل كلامه.

(و منها) ما ذكره بعض من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد فى مكانين.

كما اذا حضر العسكر البلد و فرض قيمه الطعام خارج البلد ضعف قيمته فى البلد، فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاما بثمن متوسط بين القيمتين، فالمشترى مغبون لزياده الثمن على قيمه الطعام فى البلد و البائع مغبون لنقصانه عن القيمه فى مكانه، أى خارج البلد.

و يرد عليه: ان الميزان فى الغبن و عدمه محل العقد، فان المبيع بعد العقد باق على قيمته حين العقد و انما نزلت قيمته بنقل المشترى الى مكان آخر.

(و منها) ما

ذكره السيد قدس سره بأن الغبن أعم من أن يكون من جهه التفاوت فى الماليه عرفا فى حد نفسه- بأن يكون قيمته فى حد نفسه أزيد من الثمن- و أن يكون من جهه لزوم ضرر على المغبون من أجل المعامله و ان كانت بثمن المثل، كما لو فرض أن له أمه تسوى عشره توامين و لها ولد يسوى خمسين فباع الامه بدون الولد بعشرين و فرض أن الولد يموت بالتفريق بينه و بين أمه، فهذا البيع يوجب الضرر على البائع و ان كان بيعه بأزيد من ثمن المثل، فكأنه باع ما يسوى ستين بعشرين. و المشترى مغبون من جهه أنه اشترى ما يسوى عشره بعشرين، فكل منها مغبون من وجه.

و يرد عليه: ان الامور الشخصيه ليست مناطا للأحكام، و الميزان فى الغبن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۶

قوله: مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد (۱).

و عدمه القيمه السوقيه فى حد نفسها، و الا يلزم بأنه لو باع أحد ورقه فيها خط أبيه يسوى عنده الف دينار بدينارين كون البائع مغبونا و الحال أنه لا يسوى الورقه الا دينارا واحدا. و هوى كما ترى، و هو كما لو باع أحد مصرعى الباب ثلاثه دراهم مع أنه يسوى درهمين منفردا و سته دراهم منضما، فان البائع و المشترى كلاهما مغبونان، اما البائع فلان ما باعه منضما يسوى أزيد مما باعه، و أما المشترى فلان ما اشتراه لا يسوى منفردا ثلاثه دراهم. و ظهر مما ذكرنا أن ما توهم فى المقام من كون كليهما مغبونين غير صحيح.

[مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد]

اشاره

أقول: ان فى المسأله جهات من البحث:

(الجهه الأولى) أن الخيار ثابت من أول الأمر أو يحدث عند ظهور الغبن،

فان المدرك للخيار لو كان دليل الاشتراط فالامر واضح، فان الاشتراط الضمنى يقتضى الخيار فهو ثابت من أول الامر، اذ المفروض عدم التساوى، و لو كان المدرك دليل نفى الضرر فانه أيضا ثابت بنفس العقد، و الظهور لا دخل له فى ذلك.

ان قلت: ان الضرر فى المقام ناش من جهل المكلف بالغبن، و لا يرفعه الدليل لعدم كونه ناشئا من الحكم الشرعى.

قلت: يمكن أن يورد عليه نقضا و حلا:

أما النقض فبما اذا كان المكلف عالما بالموضوع بأن يعلم أن الغبن محقق هنا و لكن يكون جاهلا بالحكم و هو حكم الشارع بالخيار، فهل يلتزم الخصم بعدم الخيار كلا.

و أما الحل فلا شبهه فی أن الحکم بلزوم العقد فی المقام حکم ضرری، و هو

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۰۷

...

منفی فی الشریعه نعم لو کان مدرک الخیار الاجماع لکان لهذا التفصیل مجال، فان القدر المتیقن منه صوره ظهور الغبن و کذا لو کان المدرک ما روی عن النبی صلی اللّه علیه و آله فی حدیث تلقی الرکبان انهم بالخیار اذا دخلوا السوق، حیث یفهم من الروایه أن دخول السوق دخیل فی حدوث الخیار، و ان کان المجال واسعا لان یقال: ان الدخول فی السوق لا موضوعیه له فی ثبوت الخیار، بل انه من باب أن اعمال الخیار- و هو السلطنه الفعلیه بالامضاء أو الفسخ- لا یمکن الا بعد دخول السوق و العلم بالغبن، و لا ینافی ذلک ثبوت الخیار عنه و حصول الغبن حین العقد. و الذی یهون الخطب أن المدرک علی المسلک الحق هو الاشتراط فلاحظ.

(الجهه الثانیه) ان الخیار هو السلطنه الفعلیه علی الفسخ أو أن الخیار یفارقها؟

ربما یقال: بان الخیار لیس عین السلطنه، و الشاهد لهذا المدعی أنه یمکن أن یکون له الخیار و لا

يكون له اعماله، كما اذا اشترط عدم اعماله فيكون حق الخيار غير السلطنه على الامضاء و الفسخ.

و لكن الحق أن هذا الحق ليس الا السلطنه الفعليه على الفسخ، غايه الامر ربما لا يجوز له اعمال السلطنه بلحاظ الشرط، فانه لا دليل على التعدد و لا مقتضى له.

(الجهه الثالثه) أنه على تقدير تسليم أنهما حقان مستقلان يقع البحث فى أن السلطه على الفسخ أيضا

كالخيار المصطلح يتحقق من حين العقد أو بعد ظهور الغبن الحق هو الاول، أعم من أن يكون الخيار عين السلطنه أو غيرها، أما على الاول فواضح و أما على الثانى فلان مقتضى الاشتراط ثبوت حق الاعمال من حين العقد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۸

قوله: مسأله يسقط هذا الخيار بامور (١).

(الجهه الرابعه) أفاد المصنف ان الآثار المجعوله للخيار بين ما يترتب على تلك السلطنه الفعليه كالسقوط بالتصرف،

فانه لا يكون الا بعد ظهور الغبن فلا يسقط قبله كما سيجى ء. و منه التلف، فان الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقا لو قلنا بعموم قاعده كون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له لمثل خيار الغبن، و بين ما يترتب على ذلک الحق الواقعى كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره، و بين ما يتردد بين الامرين كالتصرفات الناقله.

أقول: انه لا مجال لهذا البحث على ما ذكرنا من ترتب الآثار من أول الامر، و أما على المسلک الاخر فالآثار كلها مترتبه على الوجود الواقعى.

و عدم القول بكون التصرف مسقطا لا ينافى ما ذكرناه، اذ كون التصرف مسقطا ان كان من باب أن الرضا دال على الاسقاط فعدمه قبل الظهور من باب عدم دلالته على الاسقاط، و ان كان من باب التعبد الشرعى فلا بد من الالتزام به من سواء ظهر الغبن أم لا.

و أما التصرفات الناقله التى يتردد بين الامرين عنده فعلى القول بالمنع عنها تكون ممنوعه فى المقام أيضا، الا أن يقال: بأن الخيار لا يتحقق الا بعد ظهور الغبن، و أما من يلتزم بثبوت الخيار من أول الامر و مع ذلک يلتزم بنفوذ التصرف فكلامه لا يكون حجه فلا حجه للتردد.

و أما حكمهم بأن التلف قبل ظهور الغبن من المغبون يمكن أن يكون من باب عدم ثبوت الخيار قبل الظهور، و

يمكن أن يكون من باب عدم شمول قاعده أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له للمقام.

[مسقطات خيار الغبن]

[الأول من المسقطات إسقاطه بعد العقد]

اقول: ان خيار الغبن يسقط بمسقطات المسقط الاول اسقاطه بعد العقد،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۹

...

و هو قد يكون بعد العلم بالغبن، فلا اشكال فى صحه اسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبه الغبن و لا مع الجهل بها اذا أسقط الغبن المسبب عن أى مرتبه كان فاحشا أو أفحش.

و لو أسقطه بزعم كون التفاوت عشره فظهر مائه هل يسقط الغبن أم لا؟ فتردد الشيخ فى المقام و قال: فى السقوط و جهان من عدم طيب نفسه لسقوط هذا المقدار من الحق كما لو سقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف فتبين كونه قذفا، و من أن الخيار أمر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذى لا يتسامح به و لا تعدد فيه فيسقط بمجرد الاسقاط.

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأن المدرك لو كان حديث نفى الضرر فلا بد أن يلتزم بوجود حق واحد بأن الشارع حكم بجواز البيع عند الضرر، و عليه فاذا أسقط خياره يسقط ذلك بلا فرق بين الفاحش و الافحش.

و أما لو كان المدرك دليل الاشتراط فيكون الحق منحلا فى كل مرتبه من الغبن، فاذا اسقط الخيار فى رتبه لا يوجب سقوط الخيار فى رتبه اخرى بل هو موجود فى تلك المرتبه لتحقق الاشتراط الارتكازى فيها، ففى هذه الصوره يكون المقام نظير اسقاط حق العرض فى عدم سقوط حقه فيما اذا أسقط بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف فتبين كونه قذفا.

و لا يكون الاسقاط بنحو التعليق، كى يقال بأن التعليق يوجب البطلان و الاطلاق يقتضى السقوط مطلقا، اذ يمكن أن يسقط الخيار

من الناحيه الخاصه، فلا يكون تعليقا كما لا يكون مطلقا.

أقول: ان المدرك للخيار لو كان دليل نفى الضرر فلا طريق لنا الى أن نقول: ان ما ثبت بهذا الدليل خيار حقى قابل للإسقاط، لاحتمال أنه يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۰

...

خيارا حكميا لا- يكون قابلا- له. و بعباره أخرى: لو كان الدليل قاعده نفى الضرر فما الدليل على كون أمر الخيار بيد من له الخيار، و أما لو كان المدرك دليل الاشتراط فلا يمكن الالتزام بكون الخيار متعددا و الا يلزم اجتماع خمسين خيارا فى مورد واحد، و هو كما ترى. و الحاصل انا لا نسلم أن يكون حق الخيار انحلاليا، بل انه حق واحد عند عدم تساوى العوضين، بلا فرق بين كون المدرك قاعده نفى الضرر و بين كونه دليل الاشتراط، و المسقط للخيار تاره يسقطه بنحو الاطلاق فيسقط مطلقا و أخرى يعلق الاسقاط على كون الغبن فى مرتبه خاصه.

و لا يرد اشكال التعليق، لان شمول دليل المنع- و هو الاجماع- ممنوع.

و ان أبيت عن ذلك فنقول: له أن يسقط ذلك على نحو التوصيف، بأن يقول «اسقطت خيارى الذى يكون ناشئا من الغبن الفاحش» مثلا، أو المرتبه الكذائيه، فعلى تقدير عدم المطابقه لا وجه للسقوط لعدم الاسقاط فرضا.

و الحق أنه لا فرق بين حق الخيار و حق العرض و ان كان له مراتب متعدده لكن الوجود فى الخارج واحد، فيجرى فيه ما جرى فى حق الخيار، بلا تفاوت بأنه يمكن اسقاطه بنحو التعليق، كما أنه يمكن اسقاطه بالعنوان المشير التوصيفى.

نعم لو تعدد فى الخارج يمكن اسقاط بعض أفراده و ابقاء بعضه الاخر.

ثم قال الشيخ: و أما الاسقاط بعوض بمعنى المصالحه عنه به فلا

اشكال فيه مع العلم بمرتبه الغبن أو التصريح بعموم المراتب، و لو أطلق و كان للإطلاق منصرف- كما لو صالح عن الغبن المحقق فى المتاع المشترى بعشرين بدرهم- فان المتعارف من الغبن المحتمل فى مثل هذه المعامله هو كون التفاوت أربعه أو خمسه فى العشرين فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم، فلو ظهر كون التفاوت ثمانيه عشر و ان المبيع يسوى درهمين ففى بطلان الصلح لأنه لم يقع على الحق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۱

...

الموجود أو صحته مع لزومه لما ذكرنا من أن الخيار حق واحد له سبب واحد و هو التفاوت الذى له أفراد متعدده فاذا اسقطه سقط أو صحته متزلزلا لان الخيار الذى صالح عنه باعتقاد أن عوضه المتعارف درهم تبين كونه مما يبذل فى مقابله أزيد من الدرهم، ضروره أنه كلما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل فى مقابله أزيد مما يبذل فى مقابله لو كان أقل فيحصل الغبن فى المصالحه، اذ لا فرق فى الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بعينه و بين كونه لأجل الجهل بعينه، وجوه.

أقول: ان أقوى الوجوه هو ما اختاره المصنف من صحه الصلح متزلزلا.

لا يقال: ان المصالحه مبنيه على المسامحه و المغابنه، فلا معنى للغبن فيه بالنسبه الى من لا يعلم.

لأنه يقال: ان المصالحه على قسمين: قسم منها يبتنى على المسامحه و الامر فيه كما تقول، و قسم منها لا يبتنى على ذلك بل هى قنطره لأخذ الحق كما اذا لا يمكن أخذه الا بهذا العنوان فهى لا تبتنى على المسامحه.

و أما الاشكال بأنه عالم بالغبن و معه كيف يتحقق الخيار. فمدفوع، اذ يمكن العلم بأصل الغبن مع الجهل بمرتبته.

و أما الاسقاط قبل ظهور الغبن

و قبل العلم به، فأفاد المصنف فالظاهر أيضا جوازه. و يمكن أن يورد عليه بوجوه:

(الاول) انه لا يكون جازما بوقوع الاسقاط منه لاحتمال عدم موضوع له.

و بعباره أخرى: انه لا يكون عالما بمتعلق الاسقاط فلا يكون جازما بالنيه.

و يرد عليه: أولا بأن العلم بالمتعلق لا يكون شرطا فى الاسقاط الجزمى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۲

...

بل له أن يسقط جزما، الا أنه فى صوره عدم الغبن فى الواقع يكون الاسقاط لغوا.

و ثانيا- يمكن اسقاطه بنحو التعليق، فانه لا يشترط الجزم فى النيه و هو لا يكون باطلا عقلا. و الدليل الشرعى لا يشمل مثل المقام، مضافا الى أنه تعليق على ما يتوقف صحه الانشاء عليه و مثل هذا التعليق غير باطل، كما لو علق البيع على كون المبيع ملكا له. هذا على تقدير كون الخيار ثابتا بمجرد العقد، و أما على القول بحدوثه بعد ظهور الغبن فيشكل بأنه اسقاط لما لم يجب.

و أجاب عنه الشيخ بأنه يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار، و هو الغبن الواقعى و ان لم يعلم به، و هذا كاف فى جواز اسقاط المسبب قبل حصول شرطه و قاس المقام بعده موارد، كإبراء المالك الودعى المفرط عن الضمان، و كبراءه البائع من العيوب الراجعه الى اسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها، و كطلاق مشكوك الزوجيه و اعتاق مشكوك الرقيه منجزا أو الابراء عما احتمل الاشتغال به، و البراءه عن العيوب المحتمله فى المبيع، و ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقا للغير.

و فيه: انه ليس فى الامور الشرعيه أسباب و مسببات، بل ليس الا الحكم و الموضوع، مضافا الى أنه لو تم الاشكال لا يمكن ذبه بهذا البيان. و

أما قياس المقام بالمذكورات فمحل اشكال، فان التزويج معلق على الزوجيه، فعلى تقدير كونها زوجه يتحقق الطلاق، كما أن العتق يتحقق على تقدير الرقيه. نعم لو طلق المرأه بشرط تحقق الزوجيه فى المستقبل يكون نظير المقام. و أما التبرى من عيوب المبيع فمرجعه الى اسقاط الشرط و رفع اليد عن شرط الخيار، و لا يرتبط بما نحن فيه.

و أما الابراء الودعى فهو أول الكلام، فانه لو قلنا بأن الضمان يتحقق بنفس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۳

...

التفريط، فلا يقاس بالمقام، و لو قلنا بأن الضمان من أحكام التلف مع التفريط فاسقاطه قبل التلف مشكل. و أيضا البراءه من درك المبيع، فان الالتزام بالصحه و تطبيق القواعد عليها مشكل. فلاحظ.

و أما ما أفاده قدس سره من كفايه تحقق السبب فلا يرجع الى محصل، اذ فيه: أولا أنه ليس فى الاحكام الشرعيه الا الموضوع و الحكم، و أما المقتضى و السبب و الشرط فكلها مما لا يرجع الى محصل. و ثانيا لو كان محذور فى تعلق الانشاء بما لا وجود له فلا يرتفع بهذا الجواب، فالاحسن فى الجواب أن يقال:

ان اسقاط ما لا يجب لا محذور فيه، فان ما فيه المحذور أن يسقط ما لا يكون ثابتا، و أما سقوطه بعد ثبوته فلا مانع فيه.

مضافا الى أنه يمكن أن يقال: بأن الاسقاط متعلق بالشرط الموجود حاليا بأن يسقط الشارع حقه من ناحيه شرطه فيسقط حقه الشرطى، و هو أمر فعلى لا استقبالى.

هذا و أما لو تنزلنا عن هذا الجواب و قلنا بعدم ثبوت الخيار الا بعد ظهور الغبن و العلم، فالظاهر أنه لا مفر عن الاشكال الرابع، فان اثبات جواز اسقاط حق يتحقق فى المستقبل من الان

مشكل الا أن تصل النوبه الى الاستصحاب فيسقط بالمعارضه و يرجع الى عموم وجوب الوفاء. فلاحظ.

ثم ان الشيخ قدس سره ذكر أنه يشكل الامر فى الصلح، حيث أنه فى فرض عدم الخيار لا يكون عوض. و دفع الاشكال بأنه يضم اليه شى ء، و ما أفاده غريب فان ضم شى ء الى المجهول على خلاف القاعده و فى مسأله الآبق مع الضميمه مورد النص، فالاولى أن يقال: انه لو كان المدرك للخيار الاشتراط فهو أمر فعلى.

نعم على تقدير كون المدرك قاعده لا ضرر يشكل الامر، لكن مجرد الاحتمال

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۴

قوله: الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد (١).

كاف بأن يصالح عن الحق الاحتمالى فان العوض مقابل المحتمل بما انه محتمل.

ثم ان السيد أفاد بأن المضر عدم وجوده فى الواقع لا الجهل بوجوده، فما دام يكون الجهل موجودا يحكم بالصحه. و هذا غير سديد، لأنه بالاصل يحرز عدمه، فالحق أن يقال: ان يجعل فى مقابل المحتمل أو يجعل شى ء آخر و يشترط فى ضمنه اسقاط الخيار على تقدير وجوده.

[الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد]

أقول: يقع الكلام فيه من الجهات المشتركه بين المقام و ما تقدم من الخيارات الكلام هو الكلام و لا وجه للإعاده، و انما الاشكال الخاص الذى صار محلا للكلام بين الاعلام لزوم الغرر من اشتراط السقوط فى هذا الخيار و خيار الرؤيه.

أما الكلام فى خيار الرؤيه فالاولى ترك التعرض له فى المقام و بيان الحق بنحو وافى فى تلك المسأله، و انما المناسب للتعرض فى المقام ما يرجع الى اشتراط سقوط خيار الغبن.

قال فى الدروس فى هذا المقام ما لفظه: و لو اشترطا رفعه أو رفع خيار الرؤيه فالظاهر بطلان العقد للغرر. ثم

احتمل الصحه فى خيار الغبن سهوله رفع الغرر. و جزم السيمرى فى غايه المرام ببطلان العقد و الشرط، و تردد المحقق الثانى الا أنه استظهر الصحه.

أقول: أما ما أفاده الشهيد قدس سره بأن الغرر فى الغبن سهل الازاله، لعله ناظر الى أنه يرتفع بدفع الغرامه.

و يرد فيه: ان الغرر بوجوده يفسد العقد، و ارتفاعه بعد العقد فضلا عن قبوله للارتفاع لا يكون مصلحا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۵

...

و أما وجه ما أفاده من الاشكال فيمكن تقريبه بأن يقال: ان كون الجهل بالصفات موجبا للغرر اما لأجل كونه جهلا بالصفات بما هو جهل بها و اما لأجل كونه موجبا للجهل بالماليه، و الاول باطل و الا يلزم أن يكون الجهل بالصفات غير الدخيله موجبا له و الحال أن الامر ليس كذلك، فتعين الثانى، و لازمه بطلان البيع فى المقام.

و أورد فيه: بأن لازم هذا الكلام كون البيع فاسدا لا خياريا، اذ الخيار لا يكون مصححا و الا يلزم تصحيح كل بيع غررى بالخيار كبيع مجهول الوجود أو المتعذر تسليمه. فالحق أن يقال: ان الغرر المنهى فى البيع بلحاظ المتعلق و المتعلق عباره عن المبيع و الثمن، فبجهاله أحدهما يكون البيع غرريا، فلو جهل المبيع فى ذاته- كما لو تردد بين الحمار و الفرش- يكون باطلا، كما أنه لو جهل وصفه الدخيل فى الماليه يكون غررا و باطلا و أما لو جهل وصفه غير الدخيل لا يكون باطلا. و أيضا لو علم الوصف و الجهل تعلق بالقيمه لا يكون باطلا، لان اتصاف البيع بالغرر بلحاظه يكون بواسطتين و بعيد عنه بهما، و مع امكان الحمل بواسطه واحده لا وجه لإسراء الحكم اليه.

هذا غايه ما يمكن أن

يقال فى المقام، و لكن الظاهر فساده، فانه وجه ذوقى و لا تنطبق عليه الصناعه، بل الحق أن الميزان فى البطلان صدق الغرر بأى وجه كان، و من الظاهر صدقه مع الجهل بالقيمه و لو مع العلم بالصفات، و الميزان اطلاق الدليل.

و أما ما أفيد من أن الخيار لا يرفع الغرر الاعلى نحو الدور، ففيه ان الغرر يرتفع بنفس الشرط، فارتفاع الغرر متوقف على شرط الخيار و الصحه الشرعيه تتوقف على عدم الغرر، فلا دور كما ذكرنا سابقا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۶

قوله: الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن (۱).

و أما النقض بمورد بيع مجهول العين أو المتعذر تسليمه، فان كان الاشكال منحصرا بالغرر يمكن دفعه بما ذكر و لا نبالى من الالتزام فى كل مورد يكون كذلك. فالمتحصل ان اشتراط سقوط الخيار مع احتمال الغبن يكون مضرا لأوله الى الغرر، لكن الكلام فى مدرك بطلان الغرر، و قد مر منا ما فيه من الاشكال، و على فرض تماميه الاجماع على البطلان فاللازم الاقتصار على القدر المتيقن.

[الثالث من المسقطات تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن]

أقول: لا كلام فى سقوط الخيار بالتصرف الكاشف عن الرضا و الدال على الاسقاط، كما أنه لا اشكال فى عدم سقوطه لو لم يكن التصرف دالا و كان قبل العلم بالغبن، انما الكلام فى التصرف غير الدال على الاسقاط الواقع بعد الاطلاع على الغبن.

ربما يقال: بأنه مسقط اما بلحاظ الاجماع و اما بلحاظ عموميه العله المستفاده مما ورد فى خيار الحيوان، و كلا التقريبين فاسد كما مر تفصيله فى خيار المجلس.

و ربما يقال: بقصور المقتضى للخيار، لان مدرك للخيار اما الاجماع و اما قاعده لا ضرر: أما الاول فقاصر من حيث الشمول،

و أما الثانى فكما لا يشـمل مورد الاقدام على المعامله المتضـمنه للغرر كذلك لا يشـمل المعامله الضرريه التى التزم المغبون بها، فلا دليل على الخيار بقاء.

و فيه: ان المـدرك هو الاـشتراط فى ضـمن العقـد، مضافـا الى انه لو كـان المـدرك قاعـده نفى الضـرر فلاـ وجه لما أفيـد، فان المفروض أن الضرر تحقق و الخيار وجد على طبق القاعده، فما دام لم يسقط بالاسقاط لا وجه لسقوطه بل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۷

قوله: الرابع من المسـقطات تصـرف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن تصـرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق (۱).

هو باق كما فى نظائره. و ان شئت قلت: الخيار حصل بتحقق الغبن، و لا وجه لسقوطه ما دام لم يسقطه من له الخيار.

[الرابع من المسقطات تصرف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم]

أقول: المسـقط الرابع تصرف المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق، فان المصرح به فى كلاـم المحقق و مـن تـأخر عنـه السـقوط على حسـب نقـل المصـنف، و أيضـا قـال: قيـل انـه المشـهور، و هـو كـذلك عند المتأخرين- انتهى.

و ما يمكن أن يقال فى وجهه أمور:

منها- الاجماع على ما يظهر من بعض الكلمات، فانه نقل عن الشـهيد قـدس سـره أنه قال: ان الحكم بعـدم السـقوط حسن ان لم يكن الحكم اجماعيا.

و فيه: ان تحققه أول الكلام، قال المصنف: و الظاهر عدمه، و على فرض تحققه لا اعتبار بهذه الاجماعات كما منا مرارا عديده.

و منها- ان المدرك لهذا الخيار قاعده نفى الضرر و الاقدام بالتصرف التزام بالضرر.

و فيه: ان الاقدام قبل العلم بالغبن ليس اقداما بالضـرر، و اخراج العين عن الملك بالبيع و شـبهه ليس دليلا على الاسقاط حتى مع العلم بالغبن، مضافا الى

أن دليل الخيار عندنا ليس قاعده الضرر بل الدليل الاشتراط الضمنى.

و منها- ان ضرر المغبون معارض بضرر الغابن بقبوله البدل.

و فيه: أولا انه يمكن رد العين بنفسها فيما يكون ممكنا، فالدليل أخص من المدعى. و ثانيا لا ضرر على الغابن، فانه على تقدير المثليه فواضح و على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۸

...

تقدير القيميه فأيضا كذلك، لأنه باختياره عرضه للنقل فمقصوده أخذ قيمته، و بعباره أخرى: لا ضرر عليه، و على فرض تحققه ببعض الفروض يكون الحكم مختصا بذلك المورد. أضف الى ذلك أنه بعد التعارض يثبت الخيار باشتراطه فى ضمن العقد.

و أما ما فى كلام السيد من التمسك باستصحاب الخيار، فمردود بأن المرجع دليل اللزوم لا استصحاب الخيار.

و منها- أنه لا يمكن تحقق التراد مع نقله عن الملك. و فيه: أنه يمكن تحققه فى بعض الاحيان، و ثانيا ان الموضوع للخيار هو العقد لا العين، فالحق أنه لا وجه و لا مقتضى لسقوط الخيار.

ثم ان الشيخ قدس سره ذكر فى المقام فروعا، و لا يخفى أنه على ما ذكر يكون مقتضى القاعده بقاء الخيار فى جميعها و ربما يختلف الحكم على المسلك الاخر. و كيف كان نتعرض للفروع تبعا للشيخ:

(الاول) انه لا فرق بين البائع و المشترى، فان قلنا بعدم السقوط كما قلنا فلا فرق بين أن يكون المغبون هو البائع أو المشترى، كما أن الظاهر أنه لا فرق بينهما على مقاله المشهور.

(الثانى) انه لا فرق على المسلكين بين النقل اللازم و بين فك الملك كالعتق و الوقف و بين أن تكون النتيجه كذلك كالاستيلاد، بل و يلحق به تلف العين، فانه لا فرق بين هذه الفروض من حيث الحكم. نعم ربما يقال: بأن

مدرک المشهور لو کان هو الاجماع فلا بد من الاقتصار علی المتیقن منه.

(الثالث) انه هل یکون فرق بین النقل الجائز و اللازم أم لا؟ یظهر من المصنف الفرق و انه لا یسقط الرد بالأول لا مکان التدارک. و لا یخفی أنه لا یفرق علی

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۱۹

...

ما سلکناه، و أما علی تقدیر کون المدرک هو الاجماع یمکن الفرق، و أما علی تقدیر کون المدرک قاعده نفی الضرر فیمکن الاشکال فی الفرق بأنه لو فسخ فاما یجب فسخ العقد الجائز فنقول بوجوبه فیما نقل بالناقل اللازم باشترائه اذا کان ممکنا و ان لم یکن واجبا فما الفارق.

و ان قیل: بأن الفسخ بنفسه یفسخ العقد الواقع. نقول: بمثله فیما کان الواقع لازما أیضا بلا فرق.

(الرابع) هل تلحق الاجاره بالبیع فی هذا الحکم أم لا، أما علی المسلک المنصور فالامر واضح و لا مقتضی للسقوط فی البیع فکیف بالاجاره، و أما علی القول بالسقوط فلا بد من ملاحظه المدرک، فان کان المدرک الاجماع فلا بد من الاقتصار علی القدر المعلوم، و ان کان مقتضی المدرک فی الوصول عدم وصول العین إلی مالکها فالمدرک فی الاجاره موجود.

(الخامس) علی فرض سقوط الخیار بالاجاره لو لم یعلم بالغبن الا بعد انقضاء الاجاره هل الخیار ساقط أیضا أم لا؟ أفاد الشیخ بأنه توجه الرد، و أیضا قال بأنه متوجه الرد لو لم یتوجه الی الغبن الا بعد انفساخ البیع.

و یرد علیه: ان المانع عن الرد ان کان الانتقال عن ملک المشتری و المغبون فلا فرق بین انحائه، و ان کان المانع أن العین لا تصل الی الغابن فلا بد من الحکم بالصحه حتی لو علم بالغبن قبل التصرف أو

بعده لكن قبل انقضاء مده الاجاره أو قبل انفساخ البيع.

(السادس) انه لو امتزجت العين بغيرها بحيث تحصل الشركه فهل يسقط الخيار أم لا؟ لو قلنا بأن الحادث المانع عن رد العين يوجب السقوط لا بد من الالتزام بسقوطه كما هو ظاهر، و لذا نقول بالسقوط لو تغيرت بالنقصان،

قمّی، سید تقی طباطبایی، دراساتنا من الفقه الجعفری، ۲ جلد، مطبعه الخیام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفری؛ ج ۴، ص: ۲۲۰

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۲۰

...

و أما لو تغيرت بالزياده فاما تكون الزياده عينيه أو تكون حكميه أو تكون من جهتين. اختار الشيخ السقوط فى الاول و الاخير، و اختار عدم السقوط فى الوسط، لعدم امكان الرد فى الاول و الاخير لحصول الشركه على القول بها و امكان الرد فى الوسط، و قال بعد ذلك: فتأمل.

و يمكن أن يكون نظره فى الامر بالتأمل الى أن الزياده الحكميه اذا كانت بلحاظ زياده وصف فى العين كالصبغ تكون الشركه حاصله و تكون مانعه من الرد كما سيجى ء عنه قدس سره فى التصرف الصادر من الغابن.

هذا كله فى تصرف المغبون، و أما لو تصرف الغابن بالتصرف الناقل اللازم فأفاد المصنف بأنه لا وجه لسقوط خيار المغبون.

و يمكن أن يقال: انه لو كان المدرك للخيار الاشتراط الضمنى فالامر ظاهر و لا وجه للسقوط، كما أن مدرك السقوط لو كان هو الاقدام أو الاجماع يكون السقوط بلا وجه، و أما لو كان المدرك للسقوط تصرف الغابن كما مر يقع التزاحم بين الضررين، فانه لو لم يكن له الخيار يتضرر بواسطه الغبن، و لو كان له الخيار يتضرر بأن ماله لا يرجع اليه، فالقاعده ساقطه و يرجع الى

استصحاب الخيار.

و فيه: أولا يمكن أن يكون تصرف الغابن قبل الظهور فلا خيار حتى يستصحب، و ثانيا المرجع دليل اللزوم لا استصحاب الخيار، و أما فى أصل التزاحم فان كان الضرر المتوجه من اللزوم اذا كان أشد و اكثر بحيث تكون زيادته موضوعه لشمول القاعده فالحق تقدير الخيار، لان المفروض أن الحكم باللزوم ضررى فلو فسخ المغبون و وجد العين خارجه عن ملك الغابن بالبيع أو مثله من النواقل فتاره يقع البحث فى أن تصرف الغابن باطل من أول الامر بلحاظ كون المتعلق متعلق حق الغير و أخرى يكون صحيحا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۱

...

و تحقيق هذا البحث راجع الى أحكام الخيار، و فى المقام نبحث بناء على كون تصرفه صحيحا فتاره نقول: بأن المغبون بعد اعمال الغير له أن يفسخ العقد و أخرى نقول بأن فسخه يبطل تصرف الغابن من حينه أو من أصله، أما على القول بعدم الابطال فلا- وجه للقول بأن له ابطاله، اذ لازم الفسخ ان كان تلك العين ان كانت موجوده و بدلها ان لم تكن فالامر ظاهر، و ان كان الفسخ متوقفا على رد العين و الا- يكون الخيار بلا موضوع فلا خيار فلا فسخ و ان كان موجودا مطلقا، و لازمه انتقال العين الى ملك الفاسخ مطلقا، فاللازم انفساخ العقد الصادر من الغابن بنفسه- أى بفسخ المغبون- يبطل العقد الصادر من الغابن بلا اعمال شى ء من قبل المغبون.

و ملخص الكلام انه لو فسخ المغبون فوجد العين قد انتقلت بالنقل باللازم كالعتق و الوقف و البيع اللازم، فتاره يقال بأن له ابطال العقد من أصله، و أخرى يقال بأن له ابطاله من حينه، و ثالثه يقال بأن له

الرجوع الى البدل، و رابعه يقال بأن فسخه يوجب بطلان ما صدر من الغابن من أصله أو من حينه.

فنقول: لا وجه للإبطال لا من الاصل و لا من الحين، اذ ما صدر من الغابن ان كان تاما و لا يتوقف على شى ء و أمر صدر من أهله و وقع فى محله فلا مقتضى لجواز ابطاله لا من أصله و لا من حين الفسخ، و ان كان مشروطا و متوقفا على أمر فلازمه عدم تحققه. و بعد فرض تحققه و الالتزام ببقاء الخيار للمغبون فاما يكون لازم الفسخ رجوع العين الى الفاسخ على فرض بقائها و رجوع بدلها على فرض عدم بقائها فلازم الفسخ رجوع البدل اليه و ان كان لازم الخيار رجوع العين الى الفاسخ أين ما كانت فلازمه انفساخ العقد قبل الفسخ آنا ما كى يتلقى الفاسخ العين من المفسوخ عليه، فعلى كل حال لا تصل النوبه الى ابطال الفاسخ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۲

...

العقد الصادر من الغابن.

ان قلت: انه لا يستحق شيئا حتى يفسخ المعامله الثانيه.

قلت: أولا هذه الدعوى بلا دليل و غير منطبقه على مستند، و ثانيا يلزم الجمع بين العوض و المعوض فى فتره الفسخ، و ثالثا لو جاز عدم استحقاقه شيئا فى فتره الفسخ لجاز عدم استحقاقه الى الابد. و أما وجه بطلان ما صدر من الغابن من أصله هو أنه تصرف فى متعلق حق المغبون، كما لو تصرف الراهن فى متعلق حق الرهانه فان ما صدر منه يتوقف على اجازه من له الحق و بدون اجازته لا يصح.

و فيه: ان حق الخيار متعلق بالعقد لا بالعين، فلا مانع من تصرف الغابن.

و بعباره أخرى: الخيار من أحكام العقد لا

من أحكام العين، و أما وجه بطلانه من حينه أن حق الخيار يتحقق بعد ظهور الغبن فالدليل أخص من المدعى.

و ثالثا- ان أصل المبنى فاسد كما مر.

و أما الوجه للقول الثالث فهو أنه لا وجه لتزلزل العقد الصادر من الغابن أما على القول بأنه لا يتحقق الخيار الا بعد ظهور الغبن فالتصرفات الواقعه تامه و لا وجه للنقاش فيها، و أما على القول المنصور فأيضا الامر كذلك، فانه لا وجه لتزلزله كما سيجى ء فى أحكام الخيار، فان التصرف من غير ذى الخيار فى زمان خيار غير المتصرف صحيح لازم.

ثم ان الشيخ أفاد بأنه يمكن أن نلتزم ببطلان الاستيلاد بالفسخ و لو لم نقل ببطلانه بالبيع لسبق حق الخيار على الاستيلاد.

و فيه: انه لا فرق من هذه الجهه، فان حق الخيار اذا كان متعلقا بالعين يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۳

...

مانعا من الصحه فى الجميع، و ان كان متعلقا بالعقد لا يكون مانعا مطلقا فلا وجه للتفصيل. مضافا الى أنه لو كان وجه للتفصيل بين قبل الظهور و بعده لكان ذلك التفصيل متوجها فى المقام أيضا.

ثم الظاهر عدم الفرق بين أن يكون النقل جائزا و بين كونه لازما، فان التصرف لو كان صحيحا من الغابن فلا وجه لبطلانه و لو كان جائزا و ان لم يكن صحيحا فلا فارق و جواز الفسخ من نفس الغابن أو من طرفه أو من كليهما لاستلزام جوازه من الاجنبى، و المفروض أن المغبون أجنبى بالنسبه الى تملك المعامله فلا تغفل.

ثم ينقل عن الشهيد فى المسالك بأنه ان كان الناقل مما يجوز ابطاله يجبر على ابطاله و ان لم يبطل ابطله الحاكم و ان لم يمكن أبطله بنفسه. ثم أورد

فيه: بأنه لا وجه لما أفاده، لان بالفسخ اما يدخل نفس العين فى ملك الفاسخ و اما يدخل بدله، فعلى الاول لا يبقى موضوع للفسخ و على الثانى فلا وجه للعدول الى غيره.

ثم وجه كلام الشهيد بأنه يمكن أن يكون دخول العوض من باب الحيلوله.

ثم أورد عليه: بأن الحيلوله انما تكون فيما يكون نفس التالف باقيا فى ملك المغبون، و أما مع عدم بقائه فى ملكه فلا موضوع لبدل الحيلوله- انتهى.

و يمكن أن يقال: بأن أثر الفسخ اعتبار نفس العين فى ذمه المفسوخ عليه حتى فى مورد التلف الحقيقى، اذ لو لاه لم يكن الفسخ فسخا. و الحاصل انه يعتبر التالف و الناقل بنفسه فى ذمه الطرف و يجب عليه دفعه ما دام ممكنا و لم يكن ضررا و حرجا على مسلك القوم، و لم يكن حرجا على مسلكنا حيث أنكرنا دلاله حديث لا ضرر على نفى الحكم الضررى فى الشريعه. و على هذا البيان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۴

...

تم ما أفاده الشهيد.

ثم أفاد الشيخ بأنه على تقدير عدم وجوب فسخ العقد الجائز من قبل الغابن لو فسخ بطبعه و عاد العين اليه، فاما يكون بعد أخذ المغبون البدل و اما يكون قبله، أما على الاول فلا وجه لدفعها الى المغبون، لان المفروض أنه أخذ البدل و على الثانى يجب دفعها.

ثم قال: هذا فيما اذا كان بالفسخ، و أما كان العود بملك جديد فالاقوى عدم وجوب ردها مطلقا، لأنه ملك جديد تلقاه من مالكه و الفاسخ يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل، فكأن الغابن بالفسخ أعاد الملكيه السابقه.

و أيضا المغبون بفسخ العقد الغبنى يعيد الملكيه السابقه، لكن تم هذا الوجه ان كان

العود بسبب الفسخ لا بسبب مستقل، فعليه لا بد من هذا التفصيل.

و الحق أن يقال على مسلك المصنف: انه لا بد من التفصيل بين فسخ الغابن قبل فسخ المغبون أو بعده، فان كان قبله فالحق كما أفاده على طبق البيان، و ان كان بعده فلا- وجه لانتقال العين الى المغبون، اذ المفروض أن المغبون ملك البدل لا- بعنوان الحيلوله، و أما على ما سلكناه فلا بد من الفرق بين أخذ البدل و عدمه، فانه اذا أخذ البدل فلا مجال لمطالبه العين و ان كان لم يأخذ البدل له أن يأخذ نفس العين، بلا فرق بين أن يكون الانتقال بالفسخ أو بسبب جديد و الوجه فيه ظاهر.

ثم أفاد الشيخ بأن تصرف الغابن ان كان مغيرا للعين فاما يكون بالنقيصه و اما يكون بالزياده و اما يكون بالامتزاج، فان كان بالنقيصه فاما يوجب تغيرا فى العين تغيرا يوجب الارش و اما لا يوجب الارش، فان كان يوجب الارش أخذه مع الارش كما هو مقتضى الفسخ لان الفائت مضمون بجزء من الثمن فاذا رد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۵

...

تمام العوض وجب رد تمام المعوض فيتدارك الفائت بالارش، و مثله ما لو تلف جزء من الثمن.

و الظاهر أن مراده من النقص الموجب للأرش هو العيب فى مقابل نقصان ما لا يعد عيبا و ان كان مؤثرا فى نقص القيمه.

و يمكن أن يورد عليه: بأن النقص ان كان راجعا الى الوصف أعم من أن يعد عدمه عيبا أو لم يعد لا يقابل بجزء من العوض، فاثبات وجوب رفع الارش من قبل الغابن يحتاج الى دليل، و حيث أن الوصف لا يقابل بشى ء فلا يتم ما أفاده فى المتن.

و التمسك

بأن التلف فى زمن الخيار ممن لا ـ خيار له، مخدوش بأنه لا يطلق عليه التلف، و ثانيا ان شمول تلك القاعده لخيار الغبن أول الكلام.

و الذى يمكن أن يقال: ان لازم الفسخ عود العين على ما هى عليه بجميع الخصوصيات الى الفاسخ، و لا فرق فيه بين أن يكون النقص مما يوجب الارش أو لا يوجبه و كان التغيير بفعل الغابن أو بفعل غيره أو بآفه سماويه، و تحقيق هذه الجهه موكول الى باب أحكام الخيار.

ثم أفاد بأنه ان كان لا يوجبه شيئا رده بلا شى ء، و منه ما لو وجد العين مستأجره، فان على الفاسخ الصبر الى انقضاء المده. و لا يجب على المفسوخ عليه شى ء، لان المنفعه من الزوائد المتخلله المنفصله، و هى ملك للمفسوخ عليه، لأنها تابعه للملك المطلق، فاذا تحقق ملك العين فى زمان ملك المنفعه بأسرها و يحتمل انفساخ الاجاره فى بقيه المده لان منفعه الملك المتزلزل متزلزل و به جزم القمى.

و فيه نظر، فانه لا وجه لتزلزله. نعم ذكر الصدر بأنه اذا وقع التفاسخ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۶

...

لاختلاف المتبايعين فوجد البائع العين مستأجره يكون للبائع على المشترى أجره المثل ببقيه المده، و سيجى ء ما يمكن أن يكون فارقا بين المقامين.

أقول: قد ظهر مما ذكرنا آنفا أنه لا وجه للقول بأنه لا شى ء للفاسخ على المفسوخ عليه بالنسبه الى بقيه المده، اذ قلنا ان لازم الفسخ عود الملك الى الفاسخ على ما هو عليه. لكن لا وجه لما ذكره القمى، فان الاجاره وقعت صحيحه، و هى عقد صحيح لازم بالضروره، و لا وجه لانفساخها، فالصحيح هو ضمان أجره المثل بالنسبه الى بقيه المده أو ما نقص عن العين

بلحاظ نقص تلك المده. و لا يبعد أن يكون الامر ان متطابقين دائما، و أما الفرق الذى أفاده المصنف بين الفسخ و التفاسخ فالظاهر أنه ليس كذلك، بل لا فرق بين الامرين، و الجامع بينهما أن العقد ان انفسخ بالفسخ أو التفاسخ يلزم رجوع العين الى المالك الاول بتمام شئونه و أما لو رجع بغير انفساخ- كما انتقل اليه بالارث أو بالاشتراء- فكان مسلوب المنفعه يكون له كذلك، و الوجه فيه ظاهر.

و أما ان كان التغير بالزياده فأفاد المصنف بأنها تكون تاره حكميه محضه كقصاره الثوب فالظاهر ثبوت الشركه فيه بنسبه تلك الزياده، بأن يقوم العين و يؤخذ ما به التفاوت. و لا يخفى أن مراده من الشركه ان كانت الشركه فى العين كما هو ظاهر العباره فلا يمكن المساعده عليه كما هو ظاهر، فان المفروض الزياده الحكميه لا تقابل بالثمن، و أما الشركه فى الماليه فقد وقع بينهم الخلاف فى ذلك، و الوجه فى تحقق الشركه أحد أمرين: أحدهما انه بفعل المفسوخ عليه و لعمله احترام، ثانيهما أنه يدخل فى ملكه بتبع ملك العين، فلو فسخ العقد لا وجه لخروجه عن ملكه، و كلا الوجهين مخدوش.

أما الاول فلان عمله كان فى ملكه فلا مقتضى لان يكون مضمونا، و أما الثانى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۷

...

فلان العين بواسطه الوصف علت قيمته و المملوك هى العين، و الوصف غير مملوك كما هو ظاهر.

مضافا الى أن الوجه الاول لا كليه له، اذ ربما يكون بفعل الغير كما أنه ربما يكون بفعل اللّه، فالدليل أخص من المدعى. فالحق أنه لا مقتضى للشركه وفاقا للأستاذ حيث أفتى فى منهاجه فى بحث خيار الغبن بعدم شى ء للغابن.

فلاحظ.

هذا فيما كانت

الزياده موجبه لازدياد القيمه، و أما ما لا تكون دخيله فى زيادتها فالامر أوضح.

و أخرى تكون عينيه محضه كالغرس، فربما يقال: بأن المغبون مسلط على القلع بلا شى ء عليه من الارش كما نسب الى العلامه فى المختلف. و ربما يقال:

بأنه مع الارش كما اختاره الشهيد فى المسالك، و ربما يقال: بأنه ليس له مطلقا كما نسب الى المشهور فى بعض المقامات.

و الحق من هذه الوجوه هو الوجه الاول، فان الغرس واقعا عن حق فى أول الامر لا يدل على كون بقائه حقا، فان ابقاءه بلا رضى الاخر ظلم و لا عرق له.

و مما ذكرنا علم أن ما اختاره الشهيد- و هو الوجه الثالث- ليس على طبق القاعده، و لا مجال لان يقاس ببيع الارض مشغوله بالزرع مع علم المشترى به أو بيع دار المستأجره، فانه مع علم المشترى يكون البقاء شرطا بخلاف المقام. مضافا الى أنه فى الاجاره لا- مقتضى لان يعارض المشترى المستأجر اذ المستأجر قد ملك المنفعه بالاجاره قبل تملك المشترى، غايه الامر أن يثبت الخيار للمشترى ان كان جاهلا بالحال، و هذا واضح لا ريب فيه.

ان قلت: قلعه للغرس يكون ضررا على صاحب الغرس.

قلت: الصبر ضرر على صاحب الارض، مضافا الى أن الحكم الشرعى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۸

...

عباره عن جواز القلع لا- وجوبه، و المشهور غير قائلين برفع الحكم الترخيصى بقاعده لا ضرر، أضف الى ذلك أنا ذكرنا فى بحث القاعده أن مفادها حرمه الاضرار لا رفع الاحكام الضرريه. و من الظاهر أن التصرف فى المملوك لا يكون حراما و لو كان ضررا بالنسبه الى الغير و الا يلزم عدم جواز اخراج المستأجر عن الدار فى كثير من الموارد و

هو كما ترى.

ان قلت: مقتضى قوله «ليس لعرق ظالم حق» «۱» انه لو لم يكن الغارس ظالما لما يكون له الحق، و فى المقام كان الغرس عن حق على الفرض.

و فيه: أولا ان الروايه ضعيفه سندا فلاحظ، و ثانيا يتوقف الاستدلال على ثبوت المفهوم للروايه و هو أول الكلام، و ثالثا مقتضى ما ذكرنا أنه لو لم يبادر الى القلع فهو ظالم فيدخل فى المنطوق، و كونه حدوثا عن حق لا يدل على كونه حقا بقاء. و رابعا غايه ما فى الباب دلالته على كون صاحب الحق له العرق، و هذا واضح ظاهر لكن الكلام فى الصغرى، و كونه حقا بحسب البقاء أول الكلام.

و من هذا البيان ظهر ما فى تقريب المدعى بأن صاحب الغرس كان له الحق و قد استوفى الحق، و من الظاهر أن الغرس بما هو غرس ملكه لا بما هو خشب و حطب. و بعباره أخرى: ان المغروس بهذا العنوان ملك له فقد سبق استيفاؤه فلا يجوز منعه.

و فيه: الجواب يظهر بالتأمل، و هو اذا استوفى فلا شى ء كى يقع النزاع فيه، و ان لم يستوف فلا مقتضى للاستيفاء بعد.

و من هذا البيان يظهر فساد القول الثالث الذى اختاره السيد فى الحاشيه

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۷) كتاب الغصب الباب (۳) حديث (۱).

قوله: و لو كان التغير بالامتزاج (۱).

فان الجمع بين الحقين يتوقف على اثبات الحق، و هو أول الكلام بل مقطوع العدم.

و قد ظهر مما ذكرنا أنه لو قلع صاحب الغرس لا يجب طم الارض، فان المغبون تملك الارض خاليه، الا أن يقال: بأن الغابن ملزم برد العين على ما هى عليها فلا بد من طمها.

و هذا هو الحق.

ثم ان المشترى هل يجوز له تصدى القطع ابتداء أو بعد امتناع صاحبه أو يلزم الرجوع الى الحاكم؟ الحق انه يلزم مراجعه صاحبه فانه ماله و لا يجوز التصرف فى مال الغير بلا اذنه و مع امتناعه يتصدى الحاكم فانه ولى الممتنع.

و القول بأنه لاـ احترام له كما فى كلام السيد أو ليس لعرق ظالم حق كما فى كلام الايروانى فلا مقتضى للرجوع الى الحاكم. ليس على ما ينبغى، فان حرمه التصرف فى مال الغير بحالها بالنسبه الى غير الحاكم.

و بعباره أخرى: ان مقتضى حرمه التصرف فى مال الغير و تسلط مالك الارض على تخليه أرضه من غرس الغير يقتضى أن يتصدى للقلع مع امتناع مالكه الحاكم الشرعى الذى ولى كل ممتنع، و أما لو اختار صاحب الارض الابقاء يكون أجره الارض له و لا فرق فيما ذكرنا بين الغرس و الزرع لعين المدرك، و لا يتفاوت الحال من جهه طول المده فى الغرس و قصره فى الزرع.

و أيضا علم مما ذكرنا أنه لو أراد صاحب الغرس قلع غرسه لا يجوز للمالك منعه، فان كل أحد مسلط على ماله و ليس لغيره منعه من التصرف. هذا كله فى الزياده.

أقول: و أما الامتزاج فتاره يكون بغير جنسه و أخرى يكون بالجنس،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۰

...

أما لو كان بغير الجنس فان كان على وجه الاستهلاك- كما فى امتزاج ماء الورد بالنفط بحيث يعد ماء الورد تالفا من جهه الاختلاط- فهو فى حكم التالف و يرجع الى قيمته، و ان لم يعد من التالف كالخل الممزوج بالانكبين فأفاد المصنف بأنه يمكن أن يقال بأنه كالتالف فيطالب القيمه فيسقط خياره كما فى التالف.

و يمكن

أن يقال بالشركه، كما لو كانا لمالكين.

و أفاد السيد فى الحاشيه بأنه يمكن أن يقال: بأنه للمغبون الخيار بين أخذ العوض و بين اختيار الشركه، و ذلك لان عين ماله موجود فى الضمن و له المطالبه، فتكون النتيجه الشركه فى الثمن لا فى العين لعدم الدليل و له المطالبه بالعوض لمكان الحيلوله.

و أما ما أفاده السيد ففيه مواضع للنظر، اذ لو كان الفسخ موجبا لرجوع العين الى الفاسخ فلا مقتضى للقول بأخذ العوض الا دليل الحيلوله، و قد مر ضعفه.

و ثانيا- انه لو كان العين راجعه اليه بالفسخ فلا معنى للالتزام بالحيلوله، اذ المفروض تحققه و وجوده.

و ثالثا- كيف يلتزم بعدم تحقق الشركه مع رجوع العين الى الفاسخ.

و رابعا- انه لا مقتضى للشركه فى الثمن مع أن العين موجوده.

و أما ما أفاده الشيخ فالحق أن يقال بعدم تحقق الشركه و سقوط الخيار بالنسبه الى نفس العين كما هو ظاهر عبارته و الانتقال الى القيمه فانه تلف بالامتزاج كما لو صار بيض الدجاج فرخا فانه لا وجه لرجوع الفرخ الى المغبون بل الحق بقاء الفرخ فى ملك الغابن و انتقال القيمه الى الفاسخ.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۱

...

و مما ذكرنا ظهر أنه لا مجال لان يقال: اذا لم تكن العين راجعه الى الفاسخ يكون العين بلا مالك لتساوى نسبه الفاسخ و من عليه الخيار بالنسبه الى العين. و وجه فساد هذا الاشكال أن كلا المالين كانا لشخص واحد و بالامتزاج صار حقيقه ثالثه، فلا فرق بين الفاسخ و من عليه الخيار، فان المال مال من عليه الخيار و أما الفاسخ فماله تلف بالامتزاج.

و أما لو كان الامتزاج بالجنس فان كان بالمساوى أفاد الشيخ بأنه يثبت

الشركه.

ان قلت: لا شبهه فى أن الامتزاج بمال الغبن قبل الفسخ لم يكن موجبا للشركه، اذ لا معنى للشركه فى مال الانسان، فبعد الفسخ اما يرجع عين مال المغبون فلا شركه و ان لم يعد نظرا الى أنه تلف بالامتزاج فلا موضوع للشركه.

قلت: نختار الشق الاول و نقول بالفسخ يرجع عين المال الى الفاسخ، فعليه المقتضى للشركه واضح و هو الامتزاج. و الحاصل ان الامتزاج فى المقام لا يوجب تغيير الحقيقه، بل العين موجوده حقيقه غايه الامر الخصوصيه- و هى الامتياز- مفقوده، و هذه الجهه توجب الشركه بعد الفسخ، فما أفاده الشيخ هو الصحيح.

و ربما يقال: بأن الامتزاج لو كان مع مال الاجنبى لا يمكن رجوع العين الى الفاسخ لاستحاله رجوع العين الاستقلالى و أما الاشاعى فلم يكن بسبب البيع فكيف يرجع بالفسخ. و بعباره ملخصه: ان ما خرج من يده بالبيع لا يمكن رجوعه اليه، و ما يمكن الرجوع لم يخرج عن ملكه بالبيع حتى يرجع بالفسخ.

و يرد عليه نقضا و حلا: أما النقض فبما لو تغير لون العين- بأن كان احمر فصار أبيض بعد البيع- فان الخصم لا بد أن يلتزم بعدم رجوع العين

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۲

...

بالفسخ اذا كانت للفاسخ، اذ لا يعقل رجوعه لتغيره بصيرورته أبيض، و أما الابيض فلم يكن منقولا بالبيع، فان هذا الاشكال أوهن من بيت العنكبوت.

و أما الحل فان عين المال فى المقام موجود و المتغير انما هو بعض خصوصياته، و هو لا يوجب عدم رجوع العين بالفسخ. و الحق تماميه ما أفاده الشيخ، و هو أن بالفسخ قد دخل العين فى ملك الفاسخ و هو يوجب الشركه.

و استشكل عليه المحقق الايروانى: بأن الحكم بالشركه

هنا ينافى ما تقدم فى تصرف المغبون من الحاق الامتزاج بالخروج عن الملك، فان بين الكلامين تهافت.

و الجواب عنه: انه لا- يقاس المقام بما تقدم من الشيخ، اذ فرق بين ما مر و بين ما نحن فيه، فانه يصدق التلف هناك بخلاف المقام فان عين المال موجود فى المقام مع زوال بعض الخصوصيات.

و التحقيق أن يقال: ان مال المغبون بالفسخ قد دخل فى ملكه، و هذا الدخول يوجب الشركه، غايه الامر لو كانت الشركه موجبه للعيب فى العين ليتحقق الارش على الغابن.

هذا تمام الكلام فيما اذا كان الامتزاج بالمساوى و أما لو كان الامتزاج بالأردإ فقد حكم الشيخ بحصول الشركه أيضا، و أفاد بأن فى استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءه من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه، و لم يختر وجها.

و لا يبعد أن يقال: بأن الامتزاج يوجب الشركه، و أما النقص الحاصل فيوجب أخذ الارش. و أما لو كان الامتزاج بالاجود فربما يقال انه يملكه بالنسبه و لا شى ء عليه فانه رزق رزقه اللّه.

و يرد عليه: أولا بالنقض بسابقه، اذ المفروض أن الغابن ليس غاصبا و مع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۳

قوله: بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن (۱).

ذلك لم يقل أحد بأنه لا شى ء عليه بل رزق رزقه اللّه. و لا فرق بين المقامين، اذ الرداءه و الجوده أمران اضافيان.

و ثانيا بالحل، فان المفسوخ عليه لا بد أن يرد مال الفاسخ بمقتضى قانون الفسخ، و لا أرش على المغبون للغابن، لان الجوده ليست بفعله، بل حتى لو كانت بفعله لا نلتزم بالارش على الفاسخ، و لذا نلتزم بأنه ليس له شى ء فى العبد المسلم و فى قصاره الثوب.

و بما

ذکرنـا ظهر أنه لاـ تصل النوبه الی توجه اشـکال الربا، و علی فرض الالتزام بالقول الاخر أیضا لا نلتزم باشـکال الربا، فان اشـکاله مختص بالمعاوضات الاختیاریه لا التعاوض القهری الذی یحصل فی أثر الامتزاج، فان دلیل الحرمه قاصر من الشمول فلاحظ.

[الکلام فی حکم تلف العوضین مع الغبن]

اشاره

أقول: یقع الکلاـم فی حکم التلف، فـانه اما یکون من المغبون أو من الغابن، و علی کل تقـدیر اما باتلاف من یـده و اما باتلاف سماوی و اما بالفعل الاجنبی.

فههنا فروع یجب أن لا تخفی علیک

اشاره

قبـل التعرض بالفروع، أن الوجه فی تعرض المصـنف لهـذه المسأله فی المقام أنه قـد ادعی الشـهره بل الاجماع علی أن تصـرف المشتری المغبون قبل العلم بالغبن مسـقط للخیار فقد یتوهم بأنه لو کان التصرف مسقطا لکان السقوط بالتلف أولی، فذکر حکم التلف لدفع هذا التوهم، و هو أن القول بالسقوط هناک لا یلزمنا القول هنا الا أن یکون الجامع بین الموردین موردا للإجماع فهو أول الکلام. مضافا الی ذلک أن الاجماع لیس بحجه.

اذا عرفت ذلک فلنشرع فی بیان الفروع:

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۳۴

(الفرع الاول) ما لو تلف ما عند المغبون باتلاف منه،

فانه لا وجه لسقوط الخیار کما مر و سیجی ء فی أحکام الخیار، فلو فسخ یغرم قیمه التالف و یأخذ ما عند الغابن ان کان موجودا و بدله ان لم یکن. و قد تردد المصنف بین غرامه قیمته یوم التلف و یوم الفسخ، و الظاهر أنه لا وجه لغرامه یوم التلف، فانه تلف فی ملکه، فالمـدار علی یوم الفسخ، بـل المـدار علی یوم الاـداء، لمـا قلنا من ثبوت نفس العین فی الـذمه لو لا النص الخاص فی المقام.

و الحاصل انه لو قلنا بأن مدلول صـحیحه «۱» ابی ولاـد الحناط کون المـدار علی یوم الغصب، فلا بـد من القول بأن المیزان یوم الفسـخ فی المقام، و أما لو لم نقل به فالمیزان بیوم الاداء. نعم لو قلنا بأن تفاوت القیمه مضـمون علی الضامن یلزم القول بوجوب أعلی القیم، و هکذا الامر لو کان التلف بآفه سماویه.

و أما لو كان باتلاف اجنبى أفاد الشيخ الاعظم: ان المغبون يرجع بعد الفسخ الى الغابن، لأنه الذى يرد اليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله و الغابن يرجع الى المتلف.

و يرد عليه: أنه لا وجه للرجوع

الى المتلف، لأنه أتلف مال المغبون فضامن له، بلا فرق بين أن نقول بالانتقال الى القيمه من حين التلف و بين أن نقول بثبوت نفس العين فى عهده الضامن الى حين أخذ البدل. اما على الاول فظاهر، و أما على الثانى فلان العين الثابته فى ذمه المتلف ملك للمغبون و انتقاله الى الغابن بلا موجب.

أفاد السيد اليزدى أن على القول ببقاء نفس العين فى ذمه المتلف الى حين أخذ البدل يمكن دعوى أن الغابن يجد ما صار ملكا له بالفسخ فى ذمه المتلف

---

(١) التهذيب الجزء (٢) ص ١٧۶.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ٢٣۵

قوله: و ان رجع عليه البدل ثم ظهر الغبن ففسخ (١).

قوله: و لو كان باتلاف الغابن (٢).

فيرجع عليه.

و يرد عليه: انه يلزم مما ذكر أن المتلف لو لم يؤد بدل ما أتلفه لم يكن حق للغابن الرجوع الى المغبون. الا أن يقال: بأنه من موارد توارد الايدى، لكنه فرق بين المقامين، فان المفروض فيما نحن فيه أن الاجنبى وضع يده على ملك المغبون فلا وجه للرجوع الى غيره، بخلاف توارد الايدى فان شمول قاعده اليد على الجميع سواء.

أقول: اى أن المغبون ان رجع الى الاجنبى و أخذ البدل ثم ظهر الغبن ففسخ المغبون رد على الغابن القيمه يوم التلف أو يوم الفسخ.

و قد ظهر مما ذكرنا انه لو قلنا بأن المناط يوم الغصب بمقتضى الصحيحه فالمناط يوم الفسخ، و ان قلنا بعدم دلاله الصحيحه و سلكنا على طبق القاعده فالمدار بيوم الاداء ان لم نقل بأعلى القيم كما أنه ليس ببعيد.

أقول: اى لو كان التلف باتلاف الغابن فان لم يفسخ المغبون أخذ القيمه من الغابن و ان فسخ أخذ الثمن منه.

و أورد

عليه السيد ان مقتضى القاعده أن الغابن يغرم للمغبون قيمه يوم التلف و يغرم المغبون له قيمه يوم الفسخ، و تظهر الثمره فى تفاوت القيمتين.

و يمكن الجواب عنه: بأنا لو قلنا ان الميزان بيوم الاداء لا بيوم الغصب فالظاهر أنه يتهاتر و لا شى ء لأحدهما على الاخر فلا يترتب ثمره عليه، و لكن لو قلنا بأعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الاداء فالثمره المدعاه فى كلام السيد متين.

و لو كان التلف باتلاف الغابن و أبرأه المغبون ثم فسخ لا بد من أن يرد اليه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۶

قوله: تلف ما فى يد الغابن بآفه او باتلافه ففسخ المغبون اخذ البدل (۱).

قوله: و لو تلف باتلاف الاجنبى رجع المغبون بعد الفسخ الى الغبن (۲).

القيمه، لان الابراء بمنزله أخذ البدل منه.

هذا تمام الكلام فى الفرع الاول مع ما يتعلق به من اللواحق.

الفرع الثانى فيما يتعلق بتلف ما فى يد الغابن

فانه أيضا يتصور على أقسام:

(منها) أن يكون باتلاف الغابن، و يلحق به ما لو كان بآفه سماويه. أفاد الشيخ الاعظم: لو فسخ المغبون فى هذه الصوره بعد التلف يأخذ البدل، و فى اعتبار القيمه يوم التلف أو يوم الفسخ قولان، ظاهر الاكثر الاول.

و قد أورد عليه السيد فى الحاشيه بأنه لا وجه لجعل يوم التلف مدارا للحكم و كذا كونه ظاهر الاكثر محل تأمل.

و التحقيق أن يقال: انك قد عرفت فى الفرع الاول أنه لا وجه لكون يوم التلف مناطا للحكم، بل الميزان بيوم الفسخ على تقدير تماميه دلاله الصحيحه و يوم الاداء على تقدير آخر، و نحن اخترنا أن الميزان يكون بأعلى القيم، فلا نعيد.

هذا تمام الكلام فيما لو كان التلف باتلاف الغابن.

و أما لو كان باتلاف أجنبى فأفاد الشيخ بأن

المسأله ذات وجوه ثلاثه:

الاول: أن يرجع المغبون بعد الفسخ الى الغابن، لأنه ملك القيمه على المتلف، و لأنه الذى يرد عليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله.

الثانى: أن يرجع الى المتلف، لان المال فى ضمانه، و ما لم يدفع العوض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۷

قوله: مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه (۱).

فنفس المال فى عهدته.

الثالث: أن يكون مخيرا فى الرجوع بأى منهما، أما الغابن فلانه ملك البدل، و أما المتلف فلان المال المتلف فى عهدته.

و الحق فى المقام أن يقال كما عرفت فى الفرع الاول: ان الغابن ضامن للمغبون و المتلف ضامن للغابن، بلا فرق بين أن نقول ان الثابت فى ذمه المتلف نفس العين أو القيمه، و ان كان السيد فصل بين المقامين و قد مر تفصيله و الجواب عنه. و أيضا لا يقاس المقام بباب توارد الايدى كما مر توضيحه آنفا.

[مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه]

أقول وقع الكلام بين الاعلام فى أن خيار الغبن يختص بعقد البيع أو يدخل فى كل عقد معاوضى أو لا بد من التفصيل فى المقام. أفاد الشيخ قدس سره بأن الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه.

و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: انه لو كان المدرك لهذا الخيار الاجماع فلا بد من الاقتصار على المقدار المعلوم منه، و هو البيع فلا يجرى فى غيره من المعاوضات، و أما لو كان المدرك الروايه الوارده فى مسأله تلقى الركبان و هى قوله «غبن المسترسل سحت»، أو الاشتراط الضمنى و هو اشتراط التساوى، أم قاعده نفى الضرر فالمقتضى للعموم موجود لعدم الفرق بين البيع و غيره كما هو ظاهر، فان نفى الضرر لا يختص بالبيع كما أن الاشتراط الضمنى

بمقتضى الارتكاز الطبعى فى جميع المعاملات على السواء. و حيث أن المدرك عندنا هو الشرط الارتكازى الفطرى فهو لا يختص عند العرف العقلائى بمعاوضه دون معاوضه، بل نلتزم بالخيار فى كل مورد يكون الشرط الارتكازى موجودا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۸

قوله: نعم يبقى الاشكال فى شموله للصوره المتقدمه و هى ما اذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعامله بيعا كان أو غيره على عدم المغابنه و المكايسه من حيث الماليه، كما اذا احتاج المشترى الى قليل من شى ء مبتذل لحاجه عظيمه دينيه او دنيويه فانه لا يلاحظ فى شرائه مساواته للثمن المدفوع بازائه، فان فى شمول الادله لمثل هذا خفاء بل منعا الا أن يتم بعدم القول بالفصل (۱).

هذا فى غير الصلح، و أما الصلح فهو على أقسام، فانه تاره يتوسل بالصلح لدفع بعض المحاذير و يراد منه فى الحقيقه أن يترتب عليه أثر البيع، فلا شبهه فى جريان الغبن فيه بلا اشكال، و أخرى يقع الصلح على ما فى الذمم فى صوره الشك و الترديد و الغرض التخلص عن الاشتغال و يكون مبنيا على المسامحه فلا يجرى فيه، لأنه مقدم و لم يشترط شيئا فلا مجرى لقاعده نفى الضرر و القاعده الاشتراط كما هو ظاهر، و ثالثه يدعى احد على آخر شيئا و الاخر ينكره و يصالحان على اسقاط الدعوى.

ففى الفرض لا بد أن يقع التقابل بين الثمن و ترك الدعوى، و لو وقع فى مقابل متعلق الدعوى يكون باطلا، لان المفروض أنه ليس شيئا فى نظر المنكر و لو انكشف بعد ذلك صدق دعوى المدعى يكون الاشتغال بماله لعدم موجب لسقوطه. و فى مثل هذا الصلح أفاد السيد الاستاذ دام ظله

بعدم جريان خيار الغبن لعدم موضوعه.

و فيه: انه ليس الامر كذلك، اذ ربما يكون مورد الدعوى مقدارا طائلا، و رفع اليد عن الدعوى بالمقدار الذى قبلاه يكون غبنيا.

اقول: لا شبهه فى أن المقدار الذى كان بناء المعامله على عدم المغابنه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۹

قوله: اختلف اصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور او على التراخى؟ (۱).

لا تشمله الادله، سواء كان المدرك قاعده نفى الضرر أو الاشتراط الضمنى أو الاجماع، و أما المقدار الزائد منه فيدخل فى عمومها.

و أما عدم القول بالفصل ففيه اشكال من وجوه قد بيناها فى محله.

[كون خيار الغبن فوريا أو متراخيا]

اشاره

أقول: قد وقع الكلام بينهم فى كون خيار الغبن فوريا أو متراخيا، و يظهر من كلام الشيخ أن القول الاول هو المشهور.

و الذى ينبغى فى المقام أن يقع البحث فى ثلاثه مواضع: الموضع الاول فيما يستدل به على الفور، الموضع الثانى فيما يستدل به على التراخى، الموضع الثالث فيما لو لم تتم الادله من الطرفين فما هو مقتضى القاعده؟

(أما الموضع الاول) [فيما يستدل به على الفور]

فقد استدل للفوريه بأن الخيار على خلاف القاعده، فيقتصر على المقدار المعلوم خروجه عن تحت القاعده.

و يرد عليه: أولا-انه لو تحقق حكم حدوثا و لم يكن مانع عن بقائه بلحاظ دليل آخر يكون مقتضى الاستصحاب بقاؤه الى أن يحصل العلم بارتفاعه، فمجرد ما ذكر فى الدليل لا يكون وجها للفور.

و ثانيا لا وجه للالتزام بالاختصار على مقدار خاص بل لا بد من ملاحظه مدرك الخيار، فانه لو كان المدرك هو الاجماع لكان لهذا التقريب وجه، و أما لو كان المدرك حديث نفى الضرر أو قاعده الاشتراط لا يتم هذا التقريب.

و بعباره أخرى: لو كان لدليل الخيار اطلاق أو عموم يقتضى الخيار بقاء لا يبقى مجال لهذا لاشكال.

و استدل للفوريه أيضا بعموم وجوب الوفاء بالعقد، فان المرجع عند الشك

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۴۰

...

عموم العام لا استصحاب حکم المخصص، و لذا قال فی جامع المقاصد: ان عموم العام للأفراد یستتبع عموم الازمنه و الا لم ینفع بعمومه.

و الظاهر أن مقصوده ان عموم العام ان کان ناظرا الی الزمان فیشمل کل فرد من الزمان و ان لم یکن شاملا للزمان فلا أثر له، اذ المفروض أنه لم یشمل الفرد الزمانی.

و بعباره أخری: ان وجوب الوفاء بالعقد ان لم یکن ناظرا الی الاستمرار الزمانی فما فائده العموم

الافرادى، و ان كان ناظرا الى العموم الازمانى فالمرجع هو العام.

و أورد عليه الشيخ: بأن لحاظ الزمان بالنسبه الى الافراد اما بنحو الظرفيه و اما بنحو القيديه. و بعباره أخرى: الاستمرار الزمانى تاره يلاحظ على نحو الظرفيه لأداء الدين مثلا- بالنسبه الى جميع الازمنه، فان وجوب أداء الدين حكم واحد مستمر، فلو ارتفع الوجوب بالنسبه الى قطعه من الزمان لا مجال للأخذ بالعام، بل المقام مقام الاخذ باستصحاب حكم المخصص، بل لو لم يكن الاستصحاب جاريا لمحذور تصل النوبه الى أصل آخر. و السرّ فيه ان الحكم الواحد اذا ارتفع فلا مجال لعوده.

و أما لو كان الزمان قيدا للحكم بحيث يكون كل زمان ملحوظا مع استقلاله- كما فى صوم شهر رمضان- فلو خرج فرد من العموم مقتضى القاعده الاخذ بالعموم بالنسبه الى بقيه الافراد بحيث لو لم يكن الاخذ بالعام ممكنا لا مجال للأخذ بالاستصحاب، لأنه من قبيل اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر.

و هذا الذى ذكرنا لا فرق فيه بين أن يكون العام وضعيا أو اطلاقيا، فان المناط ما ذكرنا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۴۱

...

و بهذا يظهر فساد ما فى جامع المقاصد من أنه حيث أن عموم وجوب الوفاء اطلاقى يجوز استصحاب الحكم المخصص. و أيضا يظهر بما ذكرنا أن ما أفيد فى الاصول من أنه قد يخصص العام بالاستصحاب ليس على ما ينبغى، و المقام من القسم الاول، و عليه مقتضى الاستصحاب بقاء الخيار لأنه باستمرار الخيار لا يتحقق تخصيص زائد كى ينفى بالعموم. فقد ظهر بما ذكر أن العموم لا يمنع بالاستصحاب كما أن الاستصحاب لا يمنع به، فان مورد كل منهما مغاير لمورد الاخر فلا اجتماع بينهما.

فقد تحصل أن

المقـام مورد جريان استصـحاب الخيار، بحيث لو لم يجر الاستصـحاب لا مجال للأخـذ بعموم وجوب الوفاء، بل لا بـد من اثبات اللزوم بوجه آخر، ففى المقـام حيث ان الحكم بلزوم العقـد من القسم الاول فالمقام مورد استصـحاب حكم المخصـص لا الاخذ بعموم العام. هذا ملخص كلامه رفع مقامه.

و يرد عليه: ان القاعـده تقتضـى الاخـذ بعموم العـام على كـل حال، فانه مع وجود الاماره لا تصل النوبه الى الاخـذ بالاصل، فانه فرش بالنسبه اليها.

و السرّ فيه أن العام حجه فى أفراده- أعم من أن تكون افراده ملحوظه بنحو الاستعراق أو تكون ملحوظه بنحو المجموع- مثلا لو قـال المولى «اكرم هؤلاء العشـره» بنحو العـام المجموعى بحيث يكون الحكم واحـدا ثم أخرج فردا أو فردين من العشـره أ ليس مقتضى القاعده الاخذ بالدليل و اكرام البقيه، فعليه لا بد من الاخذ بعموم وجوب الوفاء.

و الظاهر أن المقام من هذا القبيل كما أفاده الشـيخ، أما على مسـلكنا فى معنى الوفاء فالامر ظاهر، اذ المستفاد من الدليل هو لزوم العقد و هذا حكم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۴۲

...

واحد مستمر، و أما على مسلك الشيخ- و هو وجوب الوفاء- فربما يقال بأن لكل زمان وجوب من الامر ليس كذلك، فان كون الزمـان قيـدا بحيث يكون لكـل زمـان حكم غير حكم زمـان آخر يحتـاج الى المئونه و الى لحاظ خاص، و هو خلاف الظاهر. و على ما ذكرنا لا فرق بين المسلكين، فانه على كل تقدير يكون مقتضى القاعده الاخذ بالعام.

ثم انه هـل يكون فرق بين أن يكون التخصـيص من الاـول و بين أن يكون من الوسـط كى يقال بأنه لو كان من الاول لا بـد من الاخذ بالعموم، فانه ليس

تخصيص فى الفرد، و أما لو كان من الوسط فيجب الاخذ بالاستصحاب اذ ليس فيه تخصيص زائد. فعلى فرض صحه هذا الكلام يفصل فيه و لا يبعد أن يفرق بأن يقال: لو كان من الاول فلا مانع من الاخذ بالعام اذ يلزم تخصيص الفرد فيجب الاخذ به فى المقدار المشكوك فيه، فتحصل أن الحق فى المقام ان القاعده تقتضى الاخذ بالعام على جميع التقادير.

ان قلت: لا مجال للأخذ بعموم العام لا بالاستصحاب و لا بدليل العموم، أما الاول فلان المفروض انقطاعه بالتخصيص، و أما بالعموم فلان المدرك لعمومه اما نفس الدليل أو قوله صلى اللّه عليه و آله «حلال محمد حلال الى يوم القيامه» أما الاول فلا يعقل أن يكون ناظرا الى هذه الجهه، لان نفس الحكم غير ناظر الى بقائه و عدم نسخه.

و بعباره أخرى: ان استمرار الجعل فرع وجود الجعل، و ان شئت قلت:

ان الجعل موضوع لاستمراره و كيف يمكن أن يكون الموضوع بيانا لحكمه و أما قوله «حلال محمد حلال» ناظر الى أن ما يكون حلالا لا ينسخ و يكون باقيا، و اما ان الفسخ بعد العقد هل هو حلال أم لا لا يستفاد منه، و فى المقام لا ندرى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۴۳

...

بأن العقد بعد زمان يكون لازما أو جائزا، فلا مجال الا لاستصحاب حكم المخصص.

قلت: ما أفيد فى بيان الاشكال من أن الجعل غير ناظر الى استمراره تام لكن اذا تمت مقدمات الاطلاق فيستفاد منها استمرار المجعول. و بعباره أخرى:

نأخذ بالاطلاق و نحكم ببقاء المجعول الى الاخر.

(الموضع الثانى) [فيما يستدل به على التراخى]

أفاد الشيخ قدس سره بأنه أيضا لا مجال للأخذ بالاستصحاب لان موضوع الخيار من يكون متضررا و لا يكون متمكنا من

الفسخ، فلو قدر على الفسخ ينعدم موضوع الخيار و يشترط فى جريان الاستصحاب بقاء الموضوع.

و فيه: أولا ان تقييد الموضوع بهذا القيد بلا وجه، فان المستفاد من القاعده أن المتضرر يكون له الخيار، و من الظاهر أن المغبون متضرر فى الان الثانى كما أنه متضرر فى الان الاول.

و ثانيا- ان كان المراد من التمكن التمكن مع قطع النظر عن الحكم الشرعى فهو غير متمكن حتى فى الان الثانى، و ان كان بلحاظ الحكم الشرعى فهو متمكن حتى فى الان الاول، فلا بد من عدم الخيار من الاول.

لا يقال: ان دليل لا ضرر ينفى الحكم الذى ينشأ منه الضرر، و الضرر فى المقام ناشئ من فعل المغبون.

فانه يقال: هذا التقريب دورى، اذ الاقدام لا يصدق الا مع فوريه الخيار و الحال ان الفوريه تتوقف على الاقدام بحسب هذا البيان.

الاشكال الثانى فى الاستصحاب من جهه أن الشك فى بقاء الخيار من حيث المقتضى، اذ شك فى بقائه من حيث نفسه بلا تحقق رافع فى عمود الزمان.

و فيه: انه و ان كان الامر كذلك لكن قد حقق فى الاصول أن الاستصحاب حجه بلا فرق بين الموارد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۴۴

...

ثم ان الشيخ نقل كلاما عن بعض معاصريه و لا يبعد أن يكون المراد منه صاحب المقابيس، و حكم بأنه لا محصل له، و ملخص ما أفاده: انه لو كان اللزوم أمرا مستمرا فمقتضى القاعده الرجوع الى العموم بعد مضى زمان الخيار المعلوم وجوده، و أما لو لم يكن لدليل اللزوم عموم فمقتضى استصحاب الملكيه عدم تأثير الفسخ كما ان مقتضى بقاء الخيار تأثيره، و الثانى مقدم على استصحاب بقاء الملكيه. لكن القول بعموميه اللزوم أقوى.

فأورد عليه:

بأن المقام ليس مقام الرجوع الى العام كما مر، و أيضا الكل متفقون على أن دليل اللزوم هو العام لا استصحاب الملك.

و أنت خبير بأن ما أفاده التسترى متين، اذ كما ذكرنا لا فرق فى الاخذ بالعموم بين كون العموم استغراقيا و بين كونه مجموعيا، كما أنه لو لم يمكن الاخذ بعموم العام فلا مناص من الاخذ باستصحاب الملكيه. فما أفاده قدس سره متين جدا.

فتحصل مما ذكرنا أنه لا اشكال فى الاستصحاب من هذه الجهه. نعم يبقى الاشكال العام المساوى فى جميع الاستصحابات الحكميه.

و لكن الذى يهون الخطب من اصله أنه لا تصل النوبه الى جريان الاستصحاب كى يجرى فيه القيل و القال، فانه لو كان المدرك للخيار الاجماع أو حديث لا ضرر لكان لهذا الاشكال مجال، و أما لو كان المدرك الاشتراط فى ضمن العقد فلا وجه لفوريه الخيار، بل مقتضى القاعده بقاء الخيار بعد مضى زمان الاول و حيث انا اخترنا هذا المسلك يكون مقتضاه استمرار الخيار كما هو واضح.

ربما يقال: انه لو قيل باستمرار الخيار يتضرر الغابن كما قيل نظيره فى اجازه العقد الفضولى، لكن قياس المقام بذلك الباب قياس مع الفارق، اذ لو قلنا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۴۵

...

بأن الاصل لا يجوز له التصرف فيما انتقل عنه ربما يتضرر ضررا عظيما، و أما فى المقام يجوز للغابن أن يتصرف فيما انتقل اليه غايه الامر لو فسخ المغبون يرد القيمه.

فانقدح مما ذكر أن الحق أن الخيار مستمر، لكن لو أغمض عما ذكرنا و قلنا بعدم جواز الاخذ بالعموم لما ذكره الشيخ، و أيضا التزمنا بعدم جريان استصحاب الخيار، و من ناحيه ثالثه قلنا بأن دليل الخيار لا يقتضى استمراره.

[الموضع الثالث فيما لو لم تتم الادله من الطرفين فما هو مقتضى القاعده؟]

فموقع البحث

هو الموضع الثالث من المواضع الثلاثه، و مقتضى الاصل عند الشك فى بقاء الخيار عدمه، فان الاستصحاب يقتضى عدم تأثير فسخ المغبون بعد زمان الوهله الاولى. و لا مجال للمعارضه فى المقام، فانه لا يستصحب الملكيه بل بقاء الملكيه على القاعده، اذ البيع قد أثبت الملكيه الدائمه لكل من الطرفين، و انما شك فى أن الفسخ أثر فى الخروج أم لا، و الاصل عدمه.

و ان شئت قلت: ان الشك فى بقاء الملكيه مسبب عن الشك فى تأثير الفسخ، و الاصل السببى مقدم على المسببى.

ثم انه على القول بفوريه الخيار فهل الميزان بالفوريه الحقيقيه أو العرفيه؟

لا- يخفى أن هذا اللفظ بماله من المفهوم لم يقع تحت دليل كى يستظهر منه شى ء بل اما نلتزم بالتراخى كما تقدم حتى على القول بكون المدرك للخيار دليل لا ضرر، و اما لا بد من القول بالفوريه الحقيقيه بلا فرق بين صوره العلم و الجهل و الالتفات و الغفله و النسيان، فان دليل نفى الضرر ينفى الضرر الناشئ من قبل الشارع لا الضرر المتوجه من جهه الجهل أو الغفله، كما أنه لا مجال للأخذ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۴۶

قوله: الخامس خيار التأخير قال فى التذكره من باع شيئا و لم يسلمه الى المشترى و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعه لزم البيع ثلاثه ايام (۱).

بدليل لا حرج، فان الفسخ لا يكون واجبا كى يقال بأن امتثال هذا التكليف فورا أمر حرجى.

و ملخص الكلام أن المدرك للفوريه أعم من أن يكون عموم وجوب الوفاء أو قاعده نفى الضرر بالنسبه الى الغابن أو استصحاب الملكيه و عدم تحقق الخيار يكون مقتضى القاعده الالتزام بالفوريه الحقيقيه.

و السر فيه

كما ذكرنا أن المنفى بالقاعده ما يكون من قبل الشارع، و أما الضـرر المتوجه الى المكلف من ناحيه جهله أو نسـيانه أو غفلته أو عدم فحصه أو غير ذلك فلا يكون منفيا بالقاعده كما هو ظاهر، الا أن يقوم اجماع تعبدى على التراخى و عدم الفوريه الحقيقيه. و الذى يهون الخطب أن أصل المبنى فاسد.

ثم انه قـدس سـره تعرض لفروع راجعه الى دعوى المغبون التارك للفسخ فورا الجهل أو النسـيان، و قد مر فى المسأله الثانيه من مسائـل خيـار الغبن الفروع الراجعه الى دعوى الجهـل بـالغبن، و الظاهر وحـده الملاک و المناط فى كل المقامين. و يظهر حكم الفروع المذكوره فى المقام مما ذكر فى تلك المسأله، فلا وجه للإعاده.

[القسم الخامس خيار التأخير]

اشاره

اقول: القسم الخامس من الخيارات خيار التأخير، و المشـهور بين العلماء أنه لو باع شيئا و لم يسلمه الى المشترى و لا قبض الثمن و لا شرط التأخير فالبيع لازم الى ثلاثه أيام، فان لم يجى ء المشترى بالثمن فى الثلاثه يكون للبائع الخيار،

و الذى يمكن أن يكون مستندا لهذا الحكم أمور:

اشاره

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۴۷

...

الاول: الاجماع.

و فيه ما عرفت منا مرارا فلا نعيد.

الثانى: قاعده نفى الضرر،

إذ البائع لا يجوز له التصـرف فى المبيع لكونه ملكا للغير و يكون تلفه عليه لأنه من التلف قبل القبض، و المفروض أنه لم يقبض الثمن.

و يرد عليه: أولا ان الاستدلال بالقاعده لا ينطبق على القيود التى أخذت فى هذا الحكم كما هو ظاهر.

و ثانیا- یجوز للبائع أخذ المبیع و تملکه بعنوان التقاص، لکن الحکم بجواز التقاص فی غیر صوره صدق الغصب و العدوان مشکل.

الثالث: النصوص الوارده فی المقام،

و هی العمده:

(و منها) ما رواه زراره عن ابی جعفر علیه السلام قال: قلت له: الرجل یشتری من الرجل المتاع ثم یدعه عنده فیقول حتی آتیک بثمنه. قال: ان جاء فیما بینه و بین ثلاثه أیام و الا فلا بیع له «۱». و هذه الروایه تامه سندا و دلاله.

(و منها) ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال: اشتریت محملا فأعطیت بعض ثمنه و ترکته عند صاحبه ثم احتسبت أماما ثم جئت الی بایع المحمل لأخذه فقال قد بعته، فضحکت ثم قلت: لا و اللّه لا أدعک أو أقاضیک. فقال لی: ترضی بأبی بکر بن عیاش؟ قلت: نعم، فأتیته فقصصنا علیه قصتنا فقال ابو بکر: بقول من ترید أن أقضی بینکما بقول صاحبک أو غیره. قال: قلت بقول صاحبی. قال:

سمعته یقول من اشتری شیئا فجاء بالثمن ما بینه و بین ثلاثه أیام و الا فلا بیع له «۲».

و لا بأس فیها من حیث الدلاله.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب ۹ من ابواب الخیار الحدیث (۱).

(۲) نفس المصدر الحدیث (۲).

...

(و منها) ما رواه علی بن یقطین انه سأل أبا الحسن علیه السلام عن الرجل یبیع البیع و لا یقبضه صاحبه و لا یقبض الثمن. قال: فان الاجل

بينهما ثلاثه أيام فان قبض بيعه و لا فلا بيع بينهما «۱». و هى أيضا تامه سندا و دلاله.

(و منها) ما رواه اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام: من اشترى بيعا فمضت ثلاثه أيام و لم يجى ء فلا بيع له «۲».

(و منها) روايه هذيل بن صدقه الطحان «۳»، و هى مخدوشه سندا و دلاله.

و قد أفاد المصنف بأن ظاهر هذه الاخبار بطلان البيع كما فهمه فى المبسوط، و حكى القول عن ظاهر الاسكافى المعبر بلفظ الروايات، و توقف فيه الأردبيلى، و قواه فى الكفايه، و جزم به فى الحدائق، و طعن على العلامه حيث أنه اعترف بظهور الاخبار فى الفساد و مع ذلك اختار ما ذهب اليه المشهور، و استدل بأن الاصل صحه العقد و حمل الاخبار على نفى اللزوم.

ثم انه قدس سره أفاد بأن ظهور الاخبار فى الفساد و لكن حيث أن المشهور فهموا منها نفى اللزوم، و هذا المعنى يقرب أن يكون المراد منها نفى اللزوم لا- الصحه، مضافا الى أنه يمكن أن يقال بأن الوارد فى اكثر الروايات من نفى البيع بالنسبه الى المشترى فقط قرينه على أن المراد بالمنفى اللزوم لا- الصحه، الا- أن فى روايه على بن يقطين ورد بلفظ «لا بيع بينهما». و كيف كان فلا أقل من الشك فيرجع الى استصحاب بقاء الملكيه.

ان قلت: الملكيه كانت موجوده فى ضمن المكيه اللازمه، و بعد ارتفاعها نشك فى تحققها فى ضمن غيرها، و لا- مجال للاستصحاب فيها، لأنه من الاستصحاب الكلى من القسم الثالث الذى لا نقول بجريانه حتى على مسلك الشيخ القائل

---

(۱) نفس المصدر الحديث (۳).

(۲) نفس المصدر الحديث (۴).

(۳) نفس المصدر الحديث (۵).

ج ۴، ص: ۲۴۹

...

بجريان القسم الثالث فى بعض الفروض.

قلت: ان اللزوم ليس فصلا للملكيه كى يتوجه هذا الاشكال، بل حكم للملكيه فلا مانع من الاستصحاب.

و فيما أفاده مواقع للنظر:

أما أولا- فلانه قدس سره مع اعترافه بظهور الاخبار فى الفساد كيف يتبع فهم المشهور، فانه وقع هذا الخلاف بينهم بأن الشهره تكون كاسره للظهور أم لا، و الحق أنه لا اعتبار بالشهره فى قبال الظهور.

نعم لو لم يكن معنى اللفظ معلوما لدينا و فهم المشهور منه شيئا لا يبعد بل يقرب جواز متابعتهم لأنهم أهل اللسان و ليس مقامهم أنزل من قول اللغوى، و أما لو كان معنى اللفظ ظاهرا لدينا فلا مجال لرفع اليد عن الظهور المحرر بفهم المشهور خلافه.

و ثانيا- ان ما أفاده قدس سره من أنه لا أقل من الشك فيرجع الى الاستصحاب فانه لو وصل الامر الى هذه المرحله لا تصل النوبه الى الاخذ بالاستصحاب، فان أدله الصحه للبيع تقتضى الصحه، اذ من الظاهر أن اجمال دليل المخصص المنفصل عن العام أو المطلق لا يسرى اليهما. و مجرد ذهاب المشهور الى خلاف الظاهر لا يقتضى رفع اليد عن الحجه، فان غايه ما يترتب على فهم المشهور حصول الظن بخلاف ظاهر الروايات، و هو لا يغنى من الحق شيئا، فلا مانع من الاخذ باطلاق حليه البيع و التجاره. و لعمرى ان هذا أمر ظاهر واضح و لم يكن من المطالب أن يخفى على مثله مع أنه استاذ الكل فى الكل، غير أن صدور الاشتباه من غيرهم عليهم السلام ليس بعزيز.

و ثالثا- ان الاستصحاب فى المقام غير جار على مسلكه، حيث أنه من

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۰

...

الشک فى المقضى فلاحظ.

و رابعا- ان هذا

الاستصحاب معارض باستصحاب عدم الجعل، فتكون النتيجه هى الفساد.

و أما ما أفاده قدس سره من جريان الاستصحاب و عدم كونه من القسم الثالث متين، و ما اورده عليه السيد فى الحاشيه غير وارد، فانه أفاد فى الحاشيه بأن اللزوم و الجواز فصلان للملكيه، اذ لا يعقل تحقق الملكيه بلا لزوم و جواز، و قاس المقام بباب جعل الجواز حيث أنه لا يمكن أن يتحقق الا مع احد الفصول من المنع من الترك أو الرجحان أو التساوى و كذلك المقام.

و ما أفاده فاسد جدا، اذ يرد عليه: أولا النقض بالجسم فانه لا يقبل أن يوجد الا مع اللون و الحال انه ليس فصلا للجسم و يكون مباينا معه بل يكون عرضا قائما به.

و ثانيا ان اللزوم و الجواز من أحكام الملكيه، كما أن جواز بيع الملك و عدمه من أحكام الملك، فهل يمكن أن يقال بأن الجواز و عدمه من فصول الملكيه، و لذا بالنسبه الى الغافل يتصور جعل الملكيه بلا جعل اللزوم او الجواز. نعم بالنسبه الى الشارع الّذى يكون محيطا على جميع العوالم لا يتصور منه الغفله، فلا يعقل جعل الملكيه بلا جعل اللزوم أو الجواز. و الحاصل ان هذا الاشكال غير وارد على الشيخ.

أفاد السيد الاستاذ دام ظله بأنه لو قلنا بأن الروايات التى وردت فيها كلمه «فلا بيع له» للمشترى ظاهره فى نفى اللزوم، بقرينه انه لو كان المراد نفى الصحه لكان المناسب أن يقال فلا بيع لهما أو فلا بيع بلا ذكر شى ء تقدمت على روايه على بن يقطين الداله على الفساد، اذ بعد وقوع التعارض بينهما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۱

...

و تساقطهما بالمعارضه يكون الترجيح مع تلك الروايات، لان

الشهره موافقه لها.

و أما لو قلنا باجمال تلك الروايات فنقول: بأن روايه ابن يقطين ساقطه لاعراض المشهور عنها، فالقدر المتيقن هو الجواز بعد ثلاثه أيام. و بعباره أخرى: القدر المعلوم بعد الثلاثه ان البيع لازم فنشك فى بقاء الملكيه و نحكم بها بالاستصحاب.

و فيما أفاده جهات من الاشكال على ما استفدنا من بياناته القيمه، فانه أولا- يرد عليه أن الشهره الفتوائيه لا- تكون حجه بل المرجح الشهره الروائيه، و تحقيق الكلام موكول الى باب التعادل و الترجيح، فما أفاده فى الشق الاول غير تام.

و أما الشهره الروائيه فليست فى تلك الروايات، فان ما رواه جميل عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام و ان رويت بطرق عديده لكن تصل كلها الى زراره. و بعباره أخرى: الروايه واحده و أما غيرها فكلها ساقطه سندا.

أما روايه ابن طحان فبنفسه، و أما روايه ابن حجاج فبأبى بكر، و أما روايه ابن عمار فالراوى عنه أبان و فيه نقاش اذ لم يوثق، مضافا الى أن الشهره بهذا المقدار لا يتحقق كما هو واضح.

و ثانيا: ان اعراض المشهور عن الروايه المعتبره لا يوجب سقوطها، فما آفاده فى الشق الثانى أيضا فاسد.

و ثالثا: أنه لو وصل الامر الى ما ذكره فلا نحتاج الى الاستصحاب كما ذكرنا فى رد الشيخ بل نأخذ باطلاق دليل الصحه.

و رابعا: انه لو وصلت النوبه الى الاستصحاب يعارضه أصاله عدم الجعل فتكون النتيجه هو الفساد، اذ خروج الملك عن ملك مالكه بهذا المقدار معلوم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۲

...

و الزائد على هذا المقدار خلاف الاستصحاب. و من الظاهر أن هذا الاستصحاب ليس فيه اشكال و ايراد.

و استدل الاستاذ دام ظله لإثبات المدعى بتقريب آخر، و هو:

أن ما يستفاد منه البطلان روايه ابن يقطين، و المراد منها أن البائع بعد مضى ثلاثه أيام لو قبض المثمن- أى لم يفسخ المعامله- فهو و ان لم يقبض بأن فسخ البيع فلا بيع بينهما، و هذا عباره أخرى عن الخيار بعد الثلاثه الذى التزم به المشهور.

و المنشأ فى هذا الاستناد فاء التفريع، فانه عليه السلام قال «فان الاجل بينهما ثلاثه أيام فان قبض» فالمراد من كلمه «القبض» اقباض البائع المبيع بعد الثلاثه.

و منه يظهر أن اقباض الثمن قبل الثلاثه و عدمه لا يرتبط بالخيار و عدمه، و لو تم هذا البيان و قلنا باجمال الروايه تصل النوبه الى استصحاب الملكيه بذلك البيان الذى مر عليك آنفا.

و فيه: اولا أن هذا البيان يتوقف على كون قبض مشددا و هو أول الكلام و المفروض عدمه فى الروايه، و احتمال الاشتباه خلاف الاصل العقلائى، بل مقتضى الاصل عدم صدوره مشددا من الامام عليه السلام، فان التفريع يصح.

مع كونه فى الثلاثه، فان الاجل ثلاثه أيام فلو تحقق القبض- أى قبض الثمن- فى هذه الثلاثه فهو و الا يكون البيع باطلا.

و ثانيا: ما افاده من الاخذ بالاستصحاب، ففيه ما مر منا آنفا فلاحظ.

و استشكل السيد فى الحاشيه على جريان الاستصحاب بوجه آخر، و هو أن ظاهر الاخبار البطلان من الاول، فكأنه ان القبض فى الثلاثه شرط الصحه و مع عدمه يكون البيع باطلا بأن لم يقع صحيحا بأثر صحيح ثم طرأ عليه الفساد، و عليه لو أجمل اللفظ و وصلت النوبه الى الاستصحاب لا يكون الاستصحاب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۳

قوله: ثم انه يشترط فى هذا الخيار امور: احدها عدم قبض المبيع و لا خلاف فى اشتراطه ظاهرا

(۱).

جاريا لأنه لا متيقن فى السابق كى يستصحب.

و فيه: انه يكفى فى الصحه بعد الاجمال صحه اطلاق البيع، فلا اشكال فى الاستصحاب من هذه الجهه بل الاشكال من جهه ما أورده فلاحظ.

اذا عرفت ما ذكرنا فاعلم أن الظاهر من روايه ابن يقطين البطلان، و احتمال كون لفظ «قبض» مع التشديد خلاف الظاهر. و عليه يكون المراد من لفظ «بيعه» هو الثمن، أى قبض البائع الثمن فى ضمن الثلاثه و ان لم يقبض فالبيع باطل لا من اصله بل من حينه، خلافا للسيد حيث ذهب الى البطلان من الاول. فيكون مفاد الروايه موافقا لبقيه الروايات. و لا مجال لوقوع التعارض بين الروايات، اذ دلاله ما دل على نفى البيع من طرف المشترى فى نفى اللزوم ليس بحد يوجب رفع اليد عن روايه ابن يقطين الظاهره فى الفساد، و على فرض التعارض فالقاعده تقتضى الحكم باللزوم لعدم الترجيح لأحد الطرفين.

نعم لو قلنا بجواز التنجيز الاصولى فى المتعارضين للمجتهد أن يختار جانب الجواز المستفاد من أحد الطرفين كما أن له اختيار جانب الاخر فلاحظ. نعم لا يبعد أن يحصل الاجماع على عدم اللزوم، اللهم الا أن نقول بأنه مدركى.

[قد ذكر فى هذا الخيار شروط]

اشاره

اقول: قد ذكر لهذا الخيار شروط:

[الشرط الأول عدم قبض المبيع]

(الاول) انه ذكر المصنف قدس سره لا خلاف فى اشتراطه ظاهرا مستدلا بروايه على بن يقطين على تقدير تشديد لفظ «قبض» و كون المراد بالبيع المبيع.

و أورد عليه السيد الاستاذ دام ظله: بأنه علم مما ذكرنا عدم موضوع لهذا الكلام، فانه حمل اللفظ على الاقباض بعد مضى الثلاثه بالتقريب المتقدم، و قد مر ما فيه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۴

...

و نقل المصنف عن الرياض انكار دلاله الروايه على هذا الشرط، ثم أورد عليه بانه لا وجه للإنكار الا احتمال سقوط هذه الجهه

من الروايه من النسخه التى أخـذها منها، أو احتمال كون البيع بالتشديـد، بأن يكون المراد منه هو البائع، أى قبض بايعه الثمن. و هذا الاحتمال ضعيف، فان استعمال البيع مفردا عير معهود، مع أن الاصل عدم التشديد- انتهى.

و لا يخفى ما فى كلام المصـنف، اذ ما أفاده فى الرياض لا يتوقف على هـذا التقريب، فانه يرد عليه: أولا ان أصاله عدم التشديد فى البيع يعارض بأصل عدم التشديد فى قبض. و ثانيا انه علم مما ذكرنا أن ما أفاده يمكن استفادته من الكلام، بأن يقرأ «قبض» بلا تشديد و يكون المراد من بيعه هو الثمن.

و ملخص الكلام فى المقـام على مـا ذكرنـا: ان الروايات متطابقه على أن الشـرط فى الخيار عـدم قبض الثمن، و أما بالنسـبه الى المبيع فلاـ تعرض له فى الروايـات فلاحظ، فمقتضـى الاطلاق أنه لو لم يقبض الثمن يثبت الخيار، أعم من أنه قبض المثمن أو لم يقبض.

ثم انه لو كان عدم القبض لعدوان البائع- بأن دفع المشترى و البائع لم يقبضه- أفاد الشيخ قدس سره بأنه لا يثبت الخيار، لان هذا الخيار

للإرفاق بالنسبه الى البائع لان لا يتضرر.

و ما أفاده قدس سره فى وجه هذا الحكم و ان كان متينا لكن الاولى أن يستدل بقوله «ان جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له»، فان المستفاد من هذه العباره أن الميزان لثبوت الخيار عدم مجى ء المشترى بالثمن فى الثلاثه.

ثم ان المشترى لو قبض المبيع بلا اذن من البائع بلا اقباض للثمن، ففيه وجوه: منها انه كلا قبض مطلقا، و منها انه لو استرده يكون كلا قبض و الا فلا،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۵

...

و منها أنه قبض مطلقا، و منها أنه لو قلنا بأنه يرتفع الضمان بهذا القبض يكون قبضا مؤثرا و الا فلا.

و اختار الشيخ الوجه الاخير، بتقريب أن البائع انما جعل له الخيار لدفع ضرره و المفروض أنه لا يتضرر بالتلف لأنه لا ضمان عليه لو تلف و لا يجب عليه حفظ المبيع، و أما جريانه من التصرف فى الثمن فيتداركه بأخذ المبيع مقاصه.

و لا يخفى أنه على ما ذكرنا لا تصل النوبه الى هذا البحث، اذ ذكرنا أن الميزان فى ثبوت الخيار و عدمه قبض الثمن و عدمه، و مع الاغماض عما ذكرنا يرد على الشيخ بأن دليل الخيار لم يكن حديث الضرر كى يجى ء هذا البيان بل كان المدرك النص الخاص. هذا أولا، و ثانيا أن التقاص يتوقف على التمكن من الاسترداد، و ثالثا ان التقاص يتوقف على أن لا يكون حبس الثمن من طرف المشترى عدوانا.

و الحق على هذا المسلك أن يكون هذا القبض كلا قبض، اذ المستفاد من روايه ابن يقطين أن الميزان باقباض البائع لا بالقبض مطلقا.

و لو مكن المشترى و لم يقبضه أفاد

الشيخ قدس سره بأن المسأله مبنيه على ارتفاع الضمان و عدمه.

و الحق أن الميزان بما يستفاد من النص، و لا يبعد أن يقال بأنه لو صدق الاقباض على مجرد التمكين يسقط و الا فلا.

و استظهر صاحب الجواهر من بعض النصوص كخبر زراره أن مجرد التمكن من القبض لا- أثر له، اذ فيه قال «سائل ثم يدعه عنده»، و مع ذلك أجاب عليه السلام بثبوت الخيار. و أيده السيد فى الحاشيه و قال: ان الحق مع صاحب الجواهر، فانه يصدق الوديعه مع التمكن من الاخذ، بل يصدق حتى فى صوره

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۶

قوله: الشرط الثانى عدم قبض مجموع الثمن (۱)

أخذ المبيع أولا و تركه عنده ثانيا.

لكن الحق مع الشيخ قدس سره، اذ غايه ما فى الباب هو الاطلاق كما فى كلام السيد، و من الظاهر أن الاطلاق يقيد بما فى روايه على بن يقطين و جعل الميزان بالاقباض و عدمه، فالعمده صدق الاقباض على التمكين و عدمه.

نعم لو شك فى الصدق فلا بأس بالاخذ باطلاق روايه زراره بهذا المقدار.

ثم ان قبض بعض المبيع كلا- قبض أو كالقبض، بدعوى أنه يصدق عليه قبض المبيع أو يلتزم بالتبعض بالنسبه الى ثبوت الخيار وجوه.

لا اشكال فى أن القبض على الاطلاق لا يصدق على قبض البعض، فهذا الوجه باطل. فأفاد الاستاذ دام ظله فى المقام بأن المسأله من فروع النزاع المعروف بين الفقهاء بأن ضم ما لا يصح بيعه الى ما يصح يوجب بطلان الجميع أو صحه ما يصح، و الحق هو الثانى. و السر فيه أن المبيع ينحل بسبب أجزاء المبيع الى بيوع عديده، فمقتضى القاعده جريانه بالنسبه الى البعض.

و لكن الظاهر أن ما أفاده و

ان كـان تاما بحسب الكبرى الكليه لكن الظاهر من خبر ابن يقطين الـذى هو العمـده فى هـذا الحكم قبض المجموع، فلا أثر فى قبض البعض.

[الشرط الثانى عدم قبض مجموع الثمن]

أقول: الشرط الثانى من شرائط خيار التأخير عدم قبض مجموع الثمن.

أفاد الشيخ قدس سره ان قبض البعض كلا قبض.

و أفاد الاستاذ بأن اللازم قبض تمام الثمن لكن البيع ينحل بحسب أجزائه فبالنسبه الى ذلك المقدار يصدق انه قبض تمام الثمن، فيكون للبائع حق الخيار بالنسبه الى البقيه و يجوز له الفسخ، غايه الامر انه فسخ يكون للمشترى خيار التبعض.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۷

قوله: و القبض بدون الاذن كعدمه (۱).

و الحق أنه لا يمكن مساعـدته، فان المسـتفاد من روايه زراره بحسب الفهم العرفى لزوم قبض تمام الثمن كما عليه الشـيخ قـدس سره. نعم الاسـتدلال للمـدعى بروايه ابن حجاج بتقريب أن أبا بكر هكذا فهم من كلام الامام عليه السـلام ليس تاما، اذ فيه: أولا ان الروايه ضعيفه السند كما تقدم. و ثانيا لم يعلم من كلام أبى بكر القاضى أنه حكم لمن و على من، فانه ليس فى الروايه دلاله من هذه الناحيه. و ثالثا ان فهم أبى بكر لا فائده فيه.

و الحق مـا ذهب اليه الشـيخ حيث قـال: فيه نظر، خلافـا للعلاـمه حيث اسـتدل بالروايه. و العجب من الميرزا حيث قال على ما فى كلام مقرره: لم أفهم وجه النظر، فان وجهه ظاهر كما قال سـيدنا الاسـتاذ دام ظله. و كيف كان ففى روايه زراره لإثبات المدعى غنى و كفايه فلاحظ.

أقول: لو قبض الثمن بلا اذن المشترى هل له أثر أم لا؟ أفاد الشيخ قدس سره بأنه لا أثر له.

أفاد الاستاذ فى المقام على ما فى التقرير بأن

المستفاد من الاخبار الوارده فى المقام أن الميزان للخيار عدم المجى ء بالثمن بنحو السالبه بانتفاء المحمول بأن يكون الثمن عنده و لم يجى ء به.

و بعباره أخرى: الاخبار متعرضه للصوره التى يمكن الاتيان به و لم يأت به و أما لو لم يكن ممكنا فالروايه لا تشمله، فعليه لا تكون هذه الصوره موردا لدلاله الخبر، فلا بد من أن يعمل على طبق القاعده.

و ما أفاده منقوض بصوره الغفله و النسيان، فهل يمكن أن يقال بأنه لو لم يجى ء بالثمن لا يثبت الخيار، بتقريب أنه لم يكن متمكنا لغفلته، لكن مع ذلك لا يبعد أن يقال: بأن الروايه لا تشمل هذه الصوره، أى صوره قبض البائع الثمن بدون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۸

قوله: و هل هى كاشفه او مثبته أقواهما الثانى (۱).

اجازه المشترى، فان الروايه منصرفه عن هذه الصوره.

و أما ما أفاده الشيخ قدس سره من أن ضرر الضمان باق فى صوره عدم قبض الثمن باذنه. فلا وجه له، فان البائع مالك للثمن و يجوز له التصرف، فلو امتنع المشترى من الاقباض للبائع أن يفسخ البيع عند الحاكم و يقبض الثمن.

لكن هذا الاشكال غير وارد على الشيخ، اذ هو قدس سره استدركه بعد سطر بقوله: لو كان القبض عن حق فلا خيار، لان الخبر منصرف عن الصوره. و لكن الذى يتوجه الى الشيخ أن يقال: ان المدار فى سقوط الخيار لو كان مجى ء المشترى بالثمن فلا فرق بين القبض عن حق و بلا- حق و لا- بد من الالتزام بثبوت الخيار، و ان قلنا بانصراف الدليل عن صوره القبض فلا فرق بين الرضا و عدمه أيضا و ان الخيار غير ثابت.

أفاد المحقق الايروانى أن المستفاد من

الاخبار أن القبض مانع عن الخيار على نحو الاطلاق، فلا خيار مع القبض بلا فرق بين الصورتين.

و ما أفاده و ان كان موافقا لما ذكرناه، لكن تقريب المدعى مختلف فانا ندعى أن الروايه منصرفه عن صوره القبض، و أما الفرق بين المبيع و الثمن بـأن يقال فى طرف المبيع لا بـد من الاذن و أما فى طرف المشترى يكفى مطلق القبض، فلا وجه له كما يظهر من كلام الشيخ.

أقول: لو قلنـا بـاشتراط الاـذن فلو قبض الثمن فأجـاز المشترى هـل يكون كاشـفه أو نـاقله؟ افاد الشـيخ بأن الحق انه ناقل، و تظهر الثمره فيمـا قبض قبل الثلاثه و أجاز بعـدها فلا بـد من السؤال من مراده، فما أفاده من أن الحق انه ناقل ان كان ناظرا الى ما أفاده فى بـاب الفضولى من أن الاجـازه ناقله فيرد عليه انه قـد مر أن مقتضـى القاعـده فى ذلك الباب هو الكشف، و ان كان نظره بأن مقتضى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۹

قوله: الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين (۱).

القاعـده النقـل فى المقـام و ان كان الكشف هناك فالحق كما أفاده، اذ الامر التكوينى لا يسـتند الى الشـخص بالاجازه بخلاف الامور الاعتباريه كالملكيه و نحوها.

ثم ان للسيد كلاما فى المقام، و هو أن قبض البائع للثمن اسقاط للخيار غايه الامر لو كان بلا اذن لا يؤثر و أما بعد لحوق الاجازه فيؤثر و ان كانت الاجازه ناقله. و كلامه مخدوش من جهات اذ يرد عليه:

أولا- ان الخيار يثبت بعد الثلاثه و القبض كان فى الثلاثه.

و ثانيا- ان قبض الثمن لا يرتبط باسقاط الخيار.

و ثالثا- ان القبض لو كان اسقاطا للخيار فلا يفرق بين الصحيح و الفاسد.

و

رابعا- أنه لا معنى لكون الاجازه كاشفه كما ذكرنا.

[الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين]

أقول: أفاد السيد الاستاذ دام ظله فى المقام على ما فى التقرير بأن جعل حق التأخير يتصور على ثلاثه أقسام: الاول أن تكون المده أزيد من ثلاثه أيام الثانى أن يجعل ثلاثه أيام، الثالث أن يجعل أقل منها.

أما لو كان ازيد من الثلاثه فلا تشمله أخبار المقام، و الوجه فيه أن الاخبار الوارده فى هذا الباب تتضمن حكمين: سلبى و هو عدم الخيار الى الثلاثه و ايجابى و هو الخيار بعد الثلاثه.

و لا يخفى ان الخيار فى فرض التأخير على طبق القاعده بمقتضى الشرط الضمنى، فالحكم السلبى المستفاد من أخبار الباب على خلاف القاعده، و شرط التأخير معناه عدم الخيار الى هذه المده، فلا تنافى بين الاخبار و بين الشرط.

و أما ثبوت الخيار بعد الثلاثه فهو حكم على طبق القاعده للشرط الضمنى، لكن لا مجال لهذا التقريب مع شرط التأخير، فالتأخير على القاعده و لا موقع للعمل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶۰

قوله: الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا او شبهه كصاع من صبره (۱).

بأخبار الباب كما هو ظاهر و لو كان حق التأخير بمقدار الثلاثه يثبت الخيار بمقتضى القاعده الاوليه و بمقتضى أخبار الباب و يكون البيع قبلها لازما، غايه الامر هذا اللزوم يكون له سببان و هما اشتراط التأخير و الروايات الخاصه. و أما لو كان أقل من الثلاثه فلا و لو جعل حق التأخير يكون البيع لازما يومين و بعد انقضائهما يثبت الخيار بمقتضى أخبار الباب. فتحصل أن النتيجه تظهر فيما يكون حق التأخير أزيد من الثلاثه، فانه بعد انقضاء الثلاثه لا يثبت الخيار بل بعد انقضاء المده المقرره بينهما. و الحاصل انه

لا يشترط هذا الخيار بعدم اشتراط التأخير.

هذا كلامه.

و الحق أن ما أفاده غير تام، فان النص كما أفاده الشيخ قدس سره منصرف عن صوره شرط التأخير. و توضيح هذا المطلب: ان الظاهر من النص فى هذا الباب أن ابتداء المده و الاجل من حين العقد. هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى ان الظاهر منه أن هذا فيما يكون الوظيفه التسليم لكن جعل على خلاف القاعده حق التأخير، و من الظاهر أنه مع جعل اشتراط التأخير لا يكون الوظيفه التسليم بل بمقتضى القاعده الثانويه لمن يكون عنده المال أن يؤخر تسليمه، فلا بد من الالتزام بأحد الامرين اما جعل المده من حين العقد و اما من حين انقضاء الاجل، و كلاهما خلاف الظاهر. و يؤيد المدعى أنه ادعى الاجماع عليه فى الجهه كما فى عباره الشيخ فلاحظ.

[الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا او شبهه كصاع من صبره]

اشاره

أقول: و الذى يمكن أن تقول به لهذا الشرط أمور:

الاول- الاجماع،

و قد تصدى الشيخ قدس سره أن الحكم مجمع عليه عندهم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶۱

...

و فيه: ان الاجماع المنقول غير حجه و المحصل غير حاصل، مضافا الى أنه محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعا.

الثانى- ان المدرك لهذا الخيار قاعده نفى الضرر،

و لا ضرر فيما يكون المبيع كليا، لأنه لا ضمان عليه.

و فيه: أولا انه يتصور الضرر فيما يكون كليا، فانه يمكن أن يتصور أن الشخص قادر على تسليم وزنه من الحنطه و لا يقدر على أزيد من هذا المقدار، فبالتأخير يقع فى الضرر، بأن لا يمكنه أن يعامل مع غير هذا المشترى.

و ثانيا: ان الدليل ليس قاعده نفى الضرر بل الدليل الاخبار.

الثالث– الاخبار الوارده فى المقام.

و لا يخفى أن روايه زراره داله على الشخصيه لكن لا مفهوم لها فلا بد من ملاحظه غيرها، و أما روايه على بن يقطين فالحق أنه عام، و أنه لا فرق بين كون المبيع كليا و شخصيا.

ثم انه قد ذكر شروطا أخرى لهذا الخيار:

منها عدم الخيار من ناحيه أخرى للبائع و لا للمشترى،

و قد نسب هذا القول الى العلامه فى التحرير. و ما يمكن أن يكون وجها لهذا القول أمور:

الاول: انه قد مر آنفا بأن التأخير الذى يكون موضوعا لهذا الخيار هو التأخير لا عن حق، هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى أن من أحكام الخيار عدم وجوب التسليم و عدم لزوم الاقباض، فلو فرضنا ثبوت الخيار يكون التأخير عن حق فلا يكون موضوعا للخيار.

و فيه: ان المبنى فاسد من أصله، و هو جواز عدم الاقباض مع الخيار، فان أثر الخيار جواز حل العقد لكن ما دام العقد باقيا يجب العمل بمقتضاه، و المفروض أن كل واحد من العوضين قد انتقل الى الطرف الاخر فيجب على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶۲

...

كل منهما الاقباض للاخر.

و ما عن الميرزا بأنه لا يجب الوفاء فى فرض الخيار فلا يجب الاقباض غير تام، اذ الوفاء عباره عن عدم حق الفسخ و لا تنافى بين الجواز و لزوم الاقباض.

ان قلت: وجوب الاقباض هو انما بلحاظ الشرط الضمنى، و حيث أن العقد جائز فلا يجب الوفاء بالشرط، لان المفروض ان دليل «أَوْفُوا» غير شامل له.

قلت: دليل نفوذ الشرط قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» فالشرط نافذ.

ان قلت: كيف يكون العمل بالشرط لازما مع أن المفروض أن العقد جائز.

قلت: لا تنافى بين الامرين، بل لعله قد مر منا بأن العقد لو انحل باعمال الخيار يكون وجوب العمل بالشرط بحاله بل يمكن أن يقال بنفوذ الشرط

حتى فيما يكون فى ضمن العقد الفاسد لتحقق أركانه و اطلاق دليل صحته و نفوذه فلاحظ.

و تفصيل الحال موكول الى باب الشروط فانتظر.

و يؤيد المطلوب أنه لو لا ذلك يلزم أن يكون مبدأ الثلاثه، من حين انقضاء المجلس لوجود خيار المجلس، و بعد انقضاء الثلاثه فيما يكون المبيع حيوانا لوجود خيار الحيوان. و هو كما ترى، و الوجه فى هذا الالتزام أنه لو لاه يقع التنافى بين أدله هذا الخيار و أدله تلك الخيارات، و الجمع بين الادله بهذا النحو ليس جمعا عرفيا بل تبرعى، و رفع للتنافى بأى وجه كان. و من الظاهر أن الجمع التبرعى لا اعتبار به و الا لا يبقى المعارضه بين الادله كما هو ظاهر.

الثانى: انصراف دليل هذا الخيار عن مورد وجود خيار آخر.

و فيه: أنه لا وجه لهذا الانصراف، فانه مجرد ادعاء.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶۳

...

الثالث: ان الخيار الثابت بالتأخير للبائع بلحاظ تضرره من جهه التأخير و مع وجود الخيار لا يكون فى التأخير ضرر عليه، اذ يمكنه الفسخ.

و فيه: أنه لو كان المدرك حديث لا ضرر لكان لهذا البيان مجال، و حيث أن الدليل النص الخاص فى المقام فلا مجال لهذا التقريب كما هو ظاهر.

الرابع: ان مقتضى دليل الخيار ان العقد لازم قبل الثلاثه و خيار بعد مضيها و المستفاد من هذا الدليل أنه يثبت الخيار بعد الثلاثه- أى جنس الخيار- فبقانون المقابله يفهم أن اللزوم قبل الثلاثه مطلقا فلا يكون خيار قبل الثلاثه على الاطلاق.

و فيه: ان النفى و الاثبات فى هذا الخيار راجعان الى الناحيه الخاصه و هى التأخير و عدمه، فلا ينافى ثبوت الخيار من ناحيه أخرى.

و بعباره أخرى: الذى يفهم من الروايه

أنه لا خيار من ناحيه التأخير الى ثلاثه أيام، و هذا ظاهر واضح، فالحق أن هذا الشرط فاسد و لا دليل عليه.

(و منها) تعدد المتعاقدين،

بتقريب أن هـذا الخيار لا يثبت ما دام خيار المجلس موجودا. هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى أنه اذا كان العاقد واحدا لا يتصور سقوط خيار المجلس.

و فيه: أولا انه قـد مر آنفا عـدم منافاه هذا الخيار مع خيار المجلس. و ثانيا انه لا يثبت الخيار الناشـئ من قبل المجلس للوكيل فى مجرد الصيغه. و ثالثا يمكن اشتراط سقوطه أو اسقاطه بعد العقد.

ان قلت: المستفاد من روايه زراره ان المشترى غير البائع.

قلت: هذا مما لا شبهه فيه، فانه لا يعقل اتحاد المشترى و البائع، لكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶۴

قوله: ثم ان مبدء الثلاثه من حين التفرق أو من حين العقد وجهان (۱).

تعدد المتعاملين لا يستلزم اتحاد العاقدين، و هذا ظاهر واضح.

(و منها) أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجاريه،

و المدرك ما رواه ابن يقطين عن أبى الحسن عليه السلام فى جاريه اشتراها و قال المشترى و جئتك بالثمن. قال عليه السلام: ان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له.

و نسب الى الصـدوق الحكم فى مطلـق الحيـوان، و الحـق انه لاـ وجه للقول به فى مطلق الحيوان، فـان الوارد فى النص خصوص الجـاريه و الحمـل على المثال لا وجه له و ليس فى الروايه دليل على عـدم الاقباض من طرف البائع. و أيضا المسـتفاد من الروايه بطلان البيع بعد شهر. و كيف كان حكم خاص فى خصوص هذا النوع من المبيع، و لا وجه لتسريه الحكم الى مطلق الحيوان.

ثم ان سـيدنا الاسـتاذ دام ظله أفاد فى المقام بأن المستفاد من هذه الروايه أن الخيار ثابت و لو مع عدم اقباض المبيع، فبها يقيد ما رواه ابن يقطين و نقول:

بأن فى بيع الجاريه خصوصيه و هى عدم

اشتراط عـدم اقبـاض المبيع، و لو علم من الخارج اتحاد الحكم بين الموارد تقيـد هـذه الروايه بروايه ابن يقطين، لكن الروايه من حيث أنه لم يعمل بها الا الصدوق ساقطه عن درجه الاعتبار.

و يرد عليه: أولاـ ان اعراض المشـهور لا يسـقط الخبر عن الحجيه. و ثانيا انه لا تنافى بين الخبرين كى يقيـد أحـدهما بالاخر لأنه ليس فى روايه ابن يقطين مفهوم بل حكم فى مورد خاص.

[فى أن مبدء الثلاثه من حين التفرق أو من حين العقد وجهان]

اقول: ان مبدأ الثلاثه من حين العقد أو من حين التفرق. أفاد الشيخ قدس سره بأنه من حيث كون الظاهر من الروايه ان مده الغيبه ثلاثه أيام يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶۵

قوله: مسأله يسقط هذا الخيار بامور (۱).

المعيار بالتفرق، و من حيث ان الضمير يرجع الى المشترى يكون كنايه عن عدم التقابض، و هذا هو الاقوى.

و الحق أن يقـال: انه لاـ اجمـال فى الروايه، فان الظاهر أن الضـمير يرجع الى الاشتراء، فيكون دالا على أن الميزان العقـد، و على فرض الاجمال يؤخذ بروايه ابن يقطين، فانها ظاهره فى أن المبدأ نفس العقد.

ثم انه لو كـان فى الروايـات اجمـال فهـل مقتضـى الاصـل الثـانوى مـا ذا؟ الحق أن مقتضاه أيضا أن يحسب من حين العقـد، فان الازيـد من هذا المقدار- أى أزيد من الثلاثه أيام من حين العقد- ليس دليل يدل على اللزوم، فيؤخذ بمقتضـى الشـرط الضـمنى المقتضى للخيار، و هذا ظاهر فلا تغفل.

[مسأله يسقط هذا الخيار بأمور]

اشاره

أقول: افاد الشيخ قدس سره بأنه يسقط هذا الخيار بأمور:

(منها) اسقاطه بعد الثلاثه،

و هذا أمر على طبق القاعده الاوليه، فان هذا الخيار من الحقوق، و من الظاهر ان الحق قابل للإسقاط.

انما الاشـكال فى سـقوطه بالاسقاط فى الثلاثه من حيث أن الخيار يحصل بعد الثلاثه. و وجه الاشكال أنه اسقاط لما لم يجب. و يـدفع بأنه لا اشـكال فى اسـقاط ما لم يجب الا التعليق، و بطلان التعليق من جهه الاجماع و القـدر المتيقن منه ما يكون فى البيع.

نعم الاسقاط على نحو التنجيز لا يمكن حيث لا معنى للإسقاط بلا تعلقه بالساقط و المفروض عدمه.

و بعباره أخرى: الاسقاط أمر تعلقى، و تحققه بلا تحقق ما يتعلق به لا يمكن، لكن الكلام و الاشكال فى اصل المقتضى، فانه لا دليل على جواز الاسقاط على نحو الاطلاق، بحيث كلما يكون ممكنا ثبوتا نلتزم بصحته، و انما المسلم أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶۶

...

الحق الفعلى قابل للسقوط بالاسقاط.

و أفاد الشيخ قدس سره فى وجه الجواز وجوها:

الاول- ان العقد سبب للخيار، و المفروض أنه تحقق فى الخارج، فيجوز اسقاط الخيار بعد تحقق العقد.

و فيه: انه ليس فى الاحكام الشرعيه الا تحقق الموضوع و الحكم و لا سبيل للسببيه و أمثالها، مضافا الى أن السببيه التامه بعد لم تحقق، فان المفروض أن الخيار لا يتحقق الا بعد مضى الثلاثه، و الاشكال فى عدم الدليل على صحه الاسقاط ما لم يتحقق فى الخارج.

الثانى- جواز اشتراط سقوطه فى ضمن العقد، فيجوز فى المقام بالفحوى.

و فيه: كما فى كلامه قدس سره بأن المدرك للجواز لو كان هو الاجماع لكان لتقريب الاولويه مجال، و لكن لو كان دليل الشرط ففى الاصل اشكال فكيف بالفرع.

و قد

أفاد الميرزا قدس سره وجها آخر للجواز، و هو أن الخيار و ان كان موضوعه بعد الثلاثه لكن مبدأ تحققه من حين العقد، فانه من حينه يجب على المشترى بمقتضى الشرط أن يدفع الثمن و تحقق الخيار من جهه تأخير الثمن، فمعنى اسقاط الخيار اجتيازه عن حق المطالبه، و هذا الحق فعلى فلا موضوع للإشكال.

و ما أفاده قدس سره متين من حيث أن حق المطالبه امر وضعى و حق قابل للإسقاط لكن يرد فيما أفاده: أولا ان اسقاط الخيار ليس معناه الاجتياز عن حق المطالبه، فان كل واحد منهما امر فى مقابل الاخر. و ثانيا ان الاجتياز عن حق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶۷

...

المطالبه لا يوجب سقوط الخيار، فان الخيار مترتب على التأخير اعم من أن يكون التأخير عن حق أم لا، فالاشكال باق على حاله.

اذا عرفت ما تقدم نقول: يمكن أن نتمسك بوجه آخر، و هو أن هذا الخيار ليس كالخيار التعبدى المجعول من قبل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان، بل خيار ثابت بمقتضى الشرط، و من الظاهر أن الشارط بشرطه يملك ما شرطه على المشروط عليه، و هذه الملكيه فعليه و قابله للتصرف فيه فلا مانع من رفع اليد عنه و اسقاطه. مثلا لو اشترط البائع على المشترى خياطه ثوبه بعد شهر و بعد البيع لو أسقط الشرط هل يشكل بأنه لا يجوز حيث أن ظرف الخياطه غير متحقق، و المقام كذلك.

و مما ذكر يظهر أمر، و هو أنه لو شرط البائع على المشترى أن يحج عن أبيه فى موسم الحج و قبل مجى ء الموسم مات الشارط و بعد مجى ء الموسم لم يحج المشترى يكون خيار تخلف الشرط للميت أو للوارث، فان

قیل للمیت قلنا المیت لیس قابلا لان یملک شیئا بعد الموت، و ان قیل للوارث قلنا ان الارث یتعلق بما ترکه المیت و المفروض أنه لم یترک شیئا و مع ذلک کیف یمکن الالتزام بعدم الخیار.

و حل هذه الشبهه بما ذکرناه، فان الشارط بشرطه یملک شیئا علی المشروط علیه، و هذا الحق المملوک له ینتقل بالارث الی وارثه. نعم لو لم یرجع الاسقاط الی ما ذکرناه و بلا اسقاط الحق الفعلی و مع ذلک یسقط خیاره فی ظرفه یبقی الاشکال بحاله و لا دافع له.

(و منها) اشتراط سقوطه فی ضمن العقد،

أفاد الشیخ فی المقام بأن المدرک لصحه هذا الشرط لعله عموم الشرط. ثم أورد بأن شمول عموم الشرط یتوقف

...

علی جواز الشرط فی حد نفسه و الا یشکل، اذ الشرط لا یوجب مشروعیه ما لا یجوز بلا شرط.

و لا یخفی أنه قد مر تفصیل هذا البحث فی بحث مسقطات خیار المجلس و لا نعید. و محصل ما ظهر مما قلنا هناک: أن الدلیل علی صحه هذا الشرط النص الخاص الوارد فی باب المکاتبه، و هو ما رواه ابن خالد عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: سألته عن رجل- الی أن قال- بشرط أن لا یکون لک الخیار علی أبی اذا أنت ملکت نفسک. قال علیه السلام: لا یکون لها الخیار المسلمون عند شروطهم «۱». فانه یفهم من هذه الروایه بحسب الفهم العرفی أن شرط سقوط الخیار المتأخر عن زمان العقد صحیح و جائز. فبملاحظه هذه الروایه لا بأس أن نلتزم بجواز هذا الشرط و الا یشکل الامر کما حققناه فیما تقدم من بحث خیار المجلس فراجع.

(و منها) بذل المشتری للثمن بعد الثلاثه.

قال الشیخ قدس سره فان المصرح به فی التذکره سقوط الخیار حینئذ، و قیل بعدم سقوط الخیار بذلک استصحابا، و هو حسن لو استند الی الاخبار- انتهی موضع الحاجه من کلام المصنف.

و ملخص ما أفاده قدس سره فی المقام هو الفرق بین أن یکون الدلیل النص و بین أن یکون حدیث نفی الضرر، فانه علی الاول لا مانع من استصحاب الخیار.

و فیه: یرد أولا انه لو استندنا الی الاخبار فلا نحتاج الی الاستصحاب، اذ یکفی اطلاق النص، فان مقتضی مفهوم قوله علیه السلام «و الا فلا بیع له» ان عدم المجی ء بالثمن فی

الثلاثه يوجب الخيار، أعم من لا يجى ء بالثمن أو جاء به بعد الثلاثه.

ثانيا- ان الاستصحاب فى الحكم الكلى غير جار على المبنى للمعارضه.

و أفاد قدس سره بأنه لو كان المدرك حديث نفى الضرر فلا وجه للخيار، لان

---

(۱) الوسائل، الباب (۱۷) من ابواب المكاتبه الحديث (۱).

...

المفروض أن الضرر غير موجود الان و القاعده لا تتدارك الضرر السابق فالحكم اللزوم.

و أفاد الاستاذ فى المقام على ما فى التقرير: بأنه لو كان ما أفاده تاما لا يكون وجه للخيار كما أفاده، لكن لا وجه للزوم أيضا، لان اللزوم حكم واحد مستفاد من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فاذا ارتفع فى زمان فلا وجه لعوده لأنه حكم واحد، فاذا سقط لا دليل على ثبوته. اللهم الا أن يدفع المشترى الثمن فى الان المتصل بآخر زمان الثلاثه، فانه فى هذا الفرض لا مانع من جريان استصحاب اللزوم، لكنه مجرد فرض و لا واقع له. هذا كلامه.

و يرد فيه: أولا ان عموم «أَوْفُوا» محكم، و لا وجه لرفع اليد عنه الا فى مقدار دلاله الدليل كما ذكرنا كرارا، فالمرجع عموم «أَوْفُوا» و لا منافاه بين بقاء اللزوم و بين أن يكون حكما واحدا و لا يكون له عموم زمانى.

و ثانيا: انه لا مجال لاستصحاب اللزوم حتى مع فرض الاتصال بزمان انقضاء الثلاثه لمعارضته بعدم الجعل.

و ثالثا: أن ما ذكره لو فرض تاما لكن تكون النتيجه هو اللزوم، لأنه مع الشك فى صحه الفسخ حكم ببقاء الملكيه، و هذا معنى اللزوم.

هذا ما يرجع الى كلام سيدنا الاستاذ دام ظله، و أما ما أفاده الشيخ قدس سره فى هذا المقام فحاصله: انه لو كان الدليل حديث نفى الضرر

فلا مجال لبقاء الخيار لان المفروض أن الضرر مرتفع حين البذل و الضرر السابق لا يتدارك بالقاعده، و لا يكفى تحقق الضرر سابقا، اذ المستفاد من القاعده ان المنفى الضرر الفعلى، و المفروض أنه لا ضرر فعلا.

و يظهر من كلامه أنه لا يرى جريان الاستصحاب، و لذا أورد عليه السيد فى الحاشيه بأنه يجرى الاصل مع شرح طويل. و لكن الذى يسهل الخطب أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۷۰

...

المدرك ليس حديث نفى الضرر، مضافا الى أن الاستصحاب معارض بعدم الجعل، و حيث ان المدرك هو النص و قلنا انه مطلق و لا وجه لما أفاده من انصرافه الى صوره التضرر الفعلى، فان كون الملاك هو دفع الضرر عن البائع لا يوجب الانصراف فالمحكم اطلاق النص، و عليه ما أفاده العلامه لا يخلو عن ضعف.

(و منها) أخذ الثمن من المشترى.

قال الشيخ قدس سره بناء على عدم سقوطه بالبذل.

و لا يخفى أنه ليس الاخذ دائما مترتبا على البذل كى يتجه ما أفاده، بل يمكن تحقق الاخذ بلا أن يتحقق البذل، كما لو أخذه بلا اذن من المشترى فلا موقع لهذا الكلام. و كيف كان ما قيل فى وجه سقوط الخيار بالبذل أنه التزام فعلى بالبيع فيسقط به.

و فيه: أنه لا وجه لسقوط الخيار بالاخذ، فان مجرد الاخذ لا يستلزم سقوط الخيار، فان للبائع أن يأخذ الثمن لأنه حقه، و لكن مع ذلك يمكن أن يستفيد من حقه الخيارى و يفسخ فلا وجه لهذا المدعى. و الحاصل انه لا وجه للسقوط بالاخذ الا ان يقصد به الاسقاط، و حيث ان الاصل عدم قصد الاسقاط فلا يحكم به الا مع العلم أو الاطمئنان العقلائى أو اقامه حجه شرعيه فلا يعبأ بالظن فكيف

بمجرد الاحتمال.

و لا يقاس المقام بباب سقوط خيار الحيوان، فانه بلحاظ النص الخاص الوارد فيه، مضافا الى أن فى مورد الحيوان التصرف وقع فى مال نفسه، و فى المقام لا- يكون التصرف فى مال نفسه مطلقا، كما لو فرض أن الثمن كلى فانه يحتمل أن يكون بعنوان العاريه أو الهبه، و احتمال العاريه أو الهبه مخصوص بما يكون الثمن كليا اما فى الثمن الشخصى فلا معنى لهذا الاحتمال، اذ المفروض

قوله: و هل يسقط الخيار بمطالبه الثمن (۱).

قوله: مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى (۲).

أن الثمن ملكك للبائع فلا يتصور العاريه أو الهبه.

ثم ان ما أفاده الشيخ بأن خير الوجوه أوسطها و لكن الاقوى الاخير، لا يخلو عن تناقض فلاحظ.

فتحصل مما ذكرنا أنه لا وجه لسقوط الخيار بالاخذ، فانه لا دلاله على اسقاط الخيار حتى فى خيار الحيوان فكيف بالمقام فان الاخذ لا يدل على الاسقاط بأى نحو من الدلالات.

[هل يسقط الخيار بمطالبه الثمن]

أقول: الحق هو عدم السقوط، فان مطالبه الثمن لا يدل على اسقاط الخيار لا فى المقام و لا فى سائر الخيارات، لا لان المطالبه ليست تصرفا، فان المسقط لا يلزم أن يكون تصرفا، و التصرف انما يكون مسقطا اذا قصد به الاسقاط بل لأنه لا مقتضى فيه للإسقاط.

و لا يخفى أن المدرك لهذا الخيار ليس حديث الضرر كى يكون مجال لما أفاده الشيخ من الفرق بين كون الضرر الموجب للخيار هو الاستقبالى، بخلاف الضرر فى البيع الغبنى، فانه لا موضوع لهذا البحث، فان الدليل هو النص الخاص المضى للشرط الضمنى الواقع بين المتبايعين.

[مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى]

أقول: هذا الخيار فورى أم تراخى، أفاد الشيخ قدس سره بأنه قد مر ما يكون مستند الكل من القولين و قد مر أن المستند للفوريه عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بتقريب أن الخارج منه مقدار و فى غيره يكون العموم مرجعا، و المستند للخيار استصحاب الخيار.

و الحق من هذين القولين قد ظهر مما مر، فان الحق أن عموم العام متبع

...

و لا مانع من الاخذ به الا فى مقدار خرج بالدليل. و الاشكال فيه: بأنه ليس فيه عموم زمانى غير جار كما عرفت آنفا فلا مجال للاستصحاب. مضافا الى أن الاستصحاب فى أمثال المقام لا يجرى على مذهب الشيخ لأنه شك فى المقتضى كما هو ظاهر.

اضف الى ما ذكرنا أنه معارض بأصاله عدم الجعل. و لكن هذا كله مع فرض الشك، و أما بالنظر الى النص الوارد فى المقام فلا مجال لهذا البحث، فان مقتضى اطلاقه بقاء الخيار.

و هذا هو الوجه لما أفاده الشيخ قدس سره بأن الجواز أقرب الى البطلان المستفاد من قوله عليه السلام «لا بيع له»

کی یرد علیه کما عن المیرزا بأن الاقربیه لا یوجب الحمل علیه. مضافا الی أنه قد مر بأن قوله علیه السلام «لا بیع» لا یدل علی البطلان، حیث نسب الی خصوص المشتری.

و ملخص الکلام فی المقام یمکن أن یستدل للتراخی بأحد وجوه:

الاول- أن نقول ان قول علیه السلام «لا بیع له» ظاهر فی الخیار و باطلاقه یثبت التراخی.

الثانی- أن نقول بأنه ظاهر فی نفی الصحه، لکن ببرکه الاجماع نحکم بالصحه مع الجواز، و باطلاق نفی الصحه نحکم بالجواز المتراخی.

الثالث- ان نقول بأنه مجمل، و یحتمل أن یکون ناظرا الی نفی الصحه کما یمکن أن یکون ناظرا الی نفی اللزوم، و ببرکه الاجماع نحکم بالصحه و ببرکه الاستصحاب نحکم ببقاء الجواز، لکن یرد فیه: أنه معارض بعدم الجعل و لنا أن نقول: بأن الظاهر من النص هو الفساد علی الاطلاق، لکن قبل الفسخ

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۷۳

قوله: مسأله لو تلف المبیع بعد الثلاثه کان من البائع اجماعا (۱).

لا یفسد قطعا و أما بعد الفسخ فحیث لا دلیل یحکم بالفساد. و هذا معنی کونه جائزا أو خیاریا فلاحظ.

[مسأله لو تلف المبیع بعد الثلاثه کان من البائع اجماعا]

أقول: لو تلف المبیع بعد الثلاثه یکون من مال البائع أم لا؟ قال الشیخ قدس سره: کان من مال البائع اجماعا مستفیضا بل متواترا کما فی الریاض، و یدل علیه النبوی المشهور و هو قوله صلی اللّه علیه و آله: کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه «۱».

و لا یخفی أن النبوی ضعیف سندا، و عمل المشهور به لا یجبره، و الاجماعات یحتمل أن تکون مستنده الی النبوی. و لکن الظاهر أن الحکم فی الجمله مسلم فیما بینهم. و لا یخفی ان هذا حکم المبیع

الذی لم یقبض من المشتری.

و ربما یقال: بأنه یقع التعارض بین هذه الروایه و قاعدتین أخریین: احداهما قاعده الخراج بالضمان «۲»، ثانیتهما قاعده التلف فی زمن الخیار فهو ممن لا خیار له «۳».

و یجاب عن القاعده الاولی:

أولا- بأنه لا دلیل علیها.

و ثانیا- ان قاعده الخراج بالضمان أعم من قاعده کل مبیع تلف قبل قبضه فان مورد الثانیه اوسع فتخصص بالاولی کما هو المیزان.

و ثالثا- المستفاد من الروایه النبویه بحسب النظر فیها ان الخراج فی مقابل الضمان المعاملی، فکل ضمان معاملی یستلزم الخراج، و فی المقام الضمان جعلی

---

(۱) المستدرک، الجزء (۲) الصفحه ۴۷۳.

(۲) مبسوط الجزء (۲) الطبع الجدید الصفحه ۱۲۶.

(۳) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من ابواب الخیار.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۷۴

...

و مولوی لا معاملی.

و رابعا- ان المورد خارج تخصصا، فانه بحکم الشارع التالف یرجع الی ملک من فی یده المال. و علیه فلا تختل قاعده الخراج بالضمان.

و یجاب عن الثانیه- و هی قاعده کل مبیع فی زمن الخیار فهو ممن لا خیار له المستفاده من بعض الروایات «۱»، فیجاب عنها بوجوه:

الاول: انه قیل باختصاصها بخیار الحیوان و المجلس و الشرط کما فی کلام المصنف و انتظر لتحقیق الحال فیها فیما یجی ء من أحکام الخیار إن شاء اللّه تعالی.

الثانی: ان القاعده بحسب ما یستفاد من النص اختصاصها بما بعد القبض و لا اتحاد بین القاعدتین بحسب المورد.

الثالث: ان تلک القاعده ناظره الی أن من له الخیار اذا تلف ما انتقل الیه فهو علی من علیه الخیار، و فی المقام أثبت الضمان علی من یکون له الخیار فکم فرق بین الامرین. و لو تلف فی الثلاثه فالمشهور کما فی کلام المصنف ان ضمانه علی البائع

أيضا و ادعى عليه الاجماع فى كلام جماعه من الاعلام، كما أن على خلافه ادعى الاجماع و ذهب اليه المفيد و غيره.

و ما يمكن أن يكون مـدركا للمشـهور أمور: منها الاجماع، و منها النبوى المتقـدم، و منها ما رواه عقبه بن خالد عن ابى عبد اللّه عليه السـلام قال: من مال صاحب المتاع الـذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع- الخ «۲» فان هـذه الروايه داله على كون التلف فى الثلاثه حيث ان المشترى قال آتيک بالثمن غدا فسرق المتاع. فلاحظ.

---

(۱) الوسائل الباب ۱۱ من ابواب الخيار.

(۲) الوسائل الباب (۱۰) من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۷۵

قوله: مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و الا فلا بيع (۱).

و لكن هـذه الوجوه الثلاثه كلها مخدوشه، فان الاجماع المنقول غير حجه و المحصل منه غير حاصل، مضافا الى أنه مدركى، و النبوى ضعيف و لا ينجبر بالعمل و الروايه لا اعتبار بها من جهه محمد بن عبد اللّه بن هلال فان تم الامر بالتسالم فهو و الا يشكل الحكم على طبق المشـهور. و لو مكنه و لم يقبض فلو قلنـا بصـدق القبض بالتمكين يترتب عليه حكم القبض فلا يكون تلفه عليه بعـده. و أمـا لو قلنـا بـأن القبض لاـ يتحقق بـالتخليه و التمكين يترتب عليه حكم التلف قبل القبض و لا وجه لما أفاده الشـيخ من انصراف الدليل الى غير هذه الصوره.

[مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع]

أقول: لو اشترى ما يفسد من يومه كالبقولات و الخضـروات فأفاد الشيخ قدس سره بأنه ان جاء بالثمن ما بينه و ما بين الليل فهو و الا فلا بيع له.

و لا يخفى أن المتاع

لو فرض فساده فی الیوم فلا أثر للخیار فی اللیل أعم من أن یکون المـدرک النص أو قاعده لا ضـرر، و لذا ما أفاده فی الدروس من کون هـذا الخیار خیار ما یفسده المبیت متین، فلا بد أن یکون المراد بالعموم مجموع الیوم و اللیل، کما أطلق هذا المعنی فی بعض الموارد، و یکون المراد بالفساد الاشراف علیه لا تحققه. و کیف کان یمکن أن یکون المدرک لهذا الخیار أحد أمور:

الاول- النص الخاص، و هی مرسله محمد بن ابی حمزه أو غیره عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی الرجل یشتری ما یفسد من یومه و یترکه حتی یأتی بالثمن.

قال: ان جاء فیما بینه و بین اللیل بالثمن و الا فلا بیع له. و هـذه الروایه من حیث الدلاله لا یبعد أن تکون داله علی الفساد کما مر آنفا.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۷۶

...

و أما مرسل صـدوق فی الفقیه بقوله «العهده فیما یفسد من یومه مثل البقول و البطیخ و الفواکه یوم الی اللیل»، فیحتمل أن یکون من کلام الصدوق لا من کلام الامام. و عن الجواهر انه الظاهر مضافا الی انه مرسل و لا اعتبار به.

و أمـا نقل صاحب الوسائل بأن الروایه مسـتنده فاشـتباه منه، کما یظهر اشـتباهه من نقله الروایه مرسـله فی الباب التاسع من أبواب الخیار و الخامس منها.

فلاحظ.

و أما من حیث الـدلاله فیمکن أن یکون المراد من قوله علیه السـلام «العهـده فیما یفسد من یومه» ان تلف المبیع من البائع یکون الی اللیل، و تکون الروایه مخصصه لقاعده کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه. و یمکن أن یکون المراد من العهده عهده البیع، أی یکون البیع لازما

يوما واحدا و بعده يكون جائزا، أعم من أن جاء المشترى بالثمن أم لا، غايه الامر مقيد بروايه ابن حمزه.

الثانى- الشرط الضمنى على حسب الارتكاز العقلائى، و هذا لا اشكال فيه و لكن مقتضاه ثبوت الخيار بالتأخير مطلقا، و ليس محدودا بهذا الحد كما هو ظاهر.

الثالث- قاعده نفى الضرر، فان مقتضاها ثبوت الخيار فيما يكون اللزوم ضرريا. و هذا التقرير تام على مسلك القوم فى مفاد القاعده، و أما على ما سلكناه فلا تقتضى الخيار كما هو واضح. مضافا الى انه مع ثبوت الخيار بمقتضى الشرط الارتكازى لا يكون مجال للقاعده، فان البيع لا يكون لازما برفع الزامه بالقاعده.

ثم انه هل يتعدى الى بقيه الموارد كما لو كان المبيع مما يفسد فى نصف اليوم، لو قلنا بضعف المدرك كما قلنا فلا مجال لهذا البحث، كما أنه على فرض التنزل لا وجه للتعديه فانها تحتاج الى الدليل. نعم يكون الشرط الارتكازى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۷۷

قوله: ثم الظاهر ان شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير (۱).

جاريا على القاعده.

قمّى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ۲ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ۴، ص: ۲۷۷

[ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير]

أقول: ان الشيخ أفاد بأن الظاهر شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير.

لا يخفى على ما ذكرنا لا يبقى مجال لهذا البحث، و أما مع الاغماض فالظاهر أنه لا وجه للالتزام بوحده الفرعين، فانه لا يبعد أن يكون الخيار فى ذلك المقام ناشئا من تأخير الثمن. و فى المقام ناشئا من عدم قبض الثمن.

نعم بعض الشرائط ملحوظ فى المقام، لكن على حسب القاعده لا من باب لحاظ تلك الشرائط، فان المبيع لو قبض

لا يبقى مجال للخيار، فالميزان بقبض الثمن لا بعدم مجى ء الثمن.

ان قلت: الظاهر من روايه على بن حمزه ان الموضوع عدم مجى ء المشترى بالثمن و مجيئه.

قلت: المفهوم من الروايه أن مجى ء المشترى بالثمن يكون مقدمه لقبض الثمن. فلاحظ الروايه و تأمل فيها تصدق مقالتنا.

و الحاصل ان الميزان بقبض الثمن فهذا شرط لازم، كما أنه لا بد من كون المبيع شخصيا اذ لا يتصور الفساد فى الكلى فى الذمه.

ثم ان المراد بالفساد الوارد فى النص ليس الفساد الحقيقى كما أفاد الشيخ، فان الفواكه و الخضروات ليست تفسد حقيقه بمرور يوم واحد، بل تنقص قيمتها بزوال طراوتها كما هو المشاهد فى الاسواق. فلا يرد عليه الاشكال بأن معنى الفساد هو الحقيقى، و أما تغيير الصوره النوعيه فهو تلف لا فساد.

و هل يلحق بالفساد فوات السوق أم لا؟ لو كان المدرك النص الخاص فالحق أنه لا يشمله، و لو كان حديث نفى الضرر فلو قلنا بأن فوات السوق يكون داخلا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۷۸

قوله: السادس خيار الرؤيه، و المراد به الخيار المسبب عن رؤيه المبيع على خلاف ما اشترطا فيه المتبايعان (۱).

فى التلف يشمله الحديث لأنه ضرر على البائع، و أما لو لم يكن كذلك فان لم يجى ء المشترى بالثمن يكون لزوم البيع ضررا على البائع، كما هو ظاهر حديث أنه محروم من التصرف فى الثمن و فى المبيع، لكن ذكرنا أن المدرك هو الشرط الارتكازى يجرى فى هذا الفرض أيضا كما هو ظاهر.

[القسم السادس خيار الرؤيه]

اشاره

أقول: لا يخفى لو عنون البحث بهذا العنوان لا يبقى مجال، للبحث عن دليل هذا الخيار، لأنه يدخل فى خيار تخلف الشرط، و الحال أن المدعى خيار الرؤيه خيار برأسه فى قبال

بقيه الخيارات كما عده الشهيد. و كيف كان

ما يمكن أن يستدل به لإثبات هذا الخيار أو استدل به أمور:

الاول– الاجماع.

و فيه ما يرد في غيره من الموارد، فان الاجماع في مثال المقام لو لم يكن مقطوع المدرك فلا أقل من احتمال كونه مدركيا فلا اعتبار به.

الثاني– حديث نفي الضرر،

بتقريب أن لزوم العقد ضرري و الضرر منفي في الشريعه. و فيه:

أولا: انه على مسلكنا لا مجال للاستدلال للمدعى كما هو ظاهر.

و ثانيا: ان الضرر انما نشأ من أصل العقد لا من لزومه. و بعباره أخرى:

ان العقد اما وقع على الاطلاق بلا اشتراط الخيار لو ظهر مخالفا لما يكون منظورا، و اما مع شرط الخيار. أما على الثاني فلا مجال للتمسك بحديث نفي الضرر، لان المفروض ثبوت الخيار بالتخلف، و أما على الاول فلا يشمله الحديث، لان المفروض أن المكلف بنفسه أقدم على الضرر، مضافا الى أنه لو كان ضرريا يكون المتضرر مغبونا، فلا حاجه الى اثبات خيار الرؤيه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ۴، ص: ۲۷۹

...

و ثالثا: لا يكون تخلف الوصف دائما موجبا للضرر بل ربما لا يكون ضرر.

نعم تخلف الغرض الشخصي و هذا غير الضرر. نعم يتصور الضرر في الامور الشخصيه و لكن يجري فيه ما قلنا في الضرر النوعي المتوجه الى الشخص.

و للأستاذ كلام في المقام على ما في التقرير، و هو أن الضرر المتصور في المقام ناشئ من أصل المعامله لا من لزومها.

ان قلت: نحكم بفساد المعامله لكونها ضرريا.

قلت: حديث لا ضرر انما يرفع الاحكام الضرريه التأسيسيه كوجوب الوضوء الضرري، و أما الاحكام الامضائيه الضرريه فلا يشملها الحديث، و حيث ان صحه البيع حكم عقلائي لا يكون مشمولا للقاعده.

و فيه: ان هذا الدعوى بلا دليل، و لا وجه لهذا التقييد، بل مقتضى الاطلاق عدم الفرق العمده فى الاشكال ما ذكرناه.

الثالث- النصوص:

منها ما رواه جميل قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل اشترى ضيعه- الى أن قال- فقال أبو عبد اللّه عليه السلام: انه لو قلب منها و نظر الى تسعه و

تسعين قطعه ثم بقى منها قطعه و لم يرها كان له فى ذلك خيار الرؤيه «۱»، بتقريب أن القطعه غير المرئيه ظهرت على خلاف ما كان يتصور فبعد الرؤيه يكون له الخيار.

أفاد الاستاذ فى المقام على ما فى التقرير ان فى هذه الروايه ثلاثه احتمالات:

الاحتمال الاول- أن يكون المراد من النظر النظر قبل البيع الى تسع و تسعين قطعه من الضيعه و عدم النظر الى قطعه، فيكون البيع غرريا فيكون باطلا.

و بطلان تلك القطعه يوجب بطلان البيع بالنسبه الى تمام الضيعه من باب أن ضم

---

(۱) الوسائل الباب (۱۵) من ابواب الخيار.

...

المجهول الى المعلوم يوجب بطلان المركب منهما، و يكون المراد من الخيار الاختيار فى تجديد البيع الصحيح و رفع اليد عن المعامله. و على هذا الاحتمال لا يكون الخبر مرتبطا بما نحن فيه.

الاحتمال الثانى- ان يكون المراد بالنظر النظر بعد البيع و هو لا يكون موجبا للخيار، مضافا الى ان الخيار المبحوث عنه فى المقام خيار الرؤيه و خيار عدم الرؤيه.

الاحتمال الثالث- ان يكون المراد من عدم الرؤيه عدمها بعد الاشتراء و المراد بالرؤيه الوجدان، أى بعد الاشتراء لم يجد ما اشتراه و قد يستعمل الرؤيه فى لوجدان كقوله تعالى «لا ترى أمتا و لا عوجا»، فيكون المراد بالخيار خيار تبعض الصفقه و يكون على القاعده، و لكن لا يرتبط بالمقام، فالروايه لا دلاله فيها على المقصود، و هذا ما أفاده الاستاذ دام ظله.

فالحق ان ما أفاده غير تام، فان الظاهر من الروايه ان البيع فرض صحيحا و الامام أمضى هذا الفرض و انما يسأل الراوى عن حقه فى استقباليته، فأجاب الامام بأنه له فيها خيار الرؤيه. و ليس

هـذا بحسب الفهم العرفى الا ـ تخلف تلـك الاوصاف المتصور فى القطعات فكأنما المشترى فتش و جزم بأن الضـيعه بتمامها من سنـخ واحـد و لكن انكشف له الخلاف بعـد البيع كما هو المترائى فى المعاملات المقـدار له، فالحق أن الروايه لا قصور فيها من حيث الدلاله على خيار الرؤيه المبحوث عنه. فلاحظ و تأمل.

و منهـا مـا رواه زيـد الشـحام عن أبى عبـد اللّه عليه السـلام، و فيهـا قال لا تشتر شـيئا حتى تعلم اين تخرج سـهم، فان اشترى فهو بالخيار اذا خرج. و تقريب الاستدلال بالروايه أنه لو خرج السهم المشاع على خلاف ما وصفه البائع يكون المشترى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸۱

...

بالخيار بعد الرؤيه.

و أفاد الشـيخ قـدس سـره بأنه لم يعلم وجه الاسـتدلال بهذا الخبر، لأنه لو اشترى بنحو المشاع فلا موقع لخيار الرؤيه، و ان اشترى بنحو الفرد المعين الـذى يعين بعـد ذلـك فهو باطل، و على فرض صـحته لا يجرى فيه خيار الرؤيه. و لكن ان المراد اشتراء عـدد معين بنحو الكلى فى المعين و يكون المراد من الخيار خيار الحيوان.

و يرد فيما أفاده من أن عدم جريان خيار الرؤيه فى المشاع ليس على ما ينبغى فانه أى فرق بين المبيع الشخصى و المشاع.

و أما ما أفاده قدس سـره من البطلان فيما يكون البيع متعلقا بالفرد المعين فلا يبعد أن يكون نظره الى سهمه قبل التعيين لا يكون ملكا له فلا يجوز بيعه.

و أما لو كان نظره فى وجه الفساد الى عدم تعينه فيمكن أن يرد فيما أفاده بأنه معين عند اللّه فلا محذور فيه.

و أما على فرض الصحه فلا وجه لخيار الرؤيه كما فى كلامه فغير تام، فانه لا مانع من

جريان الخيار فيه.

و أما ما أفاده من امكان كون المراد بالخيار خيار الحيوان و من البيع بيع الكلى فى المعين فالظاهر أن نظره الى عدم جريان خيار الحيوان الكلى، فلا بد من التقسيم.

و فيه: أنه على فرض شمول الدليل للكلى فلا وجه لثبوت الخيار بعد التقسيم بل يثبت من أول الامر، و لو فرض عدم شموله للكلى فلا وجه لثبوته بعد التقسيم لأنه حين البيع لم يتحقق موضوع الخيار على الفرض و بعد التقسيم لم يتحقق بيع. و بعباره أخرى: ان خيار الحيوان يثبت من حين البيع، و المفروض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸۲

...

عدم شموله للمقام من حينه، فلا وجه لثبوته بعد ذلك. مضافا الى أنه لو سلم عدم شموله للكلى للانصراف يشكل شموله لما يعرضه التشخص، اذ يمكن أن يقال بانصرافه الى ما يكون متشخصا بالذات لا بالعرض.

هذا ما يرجع الى كلام الشيخ، و أما حق القول فى الروايه أن يقال: لا يبعد أن يكون المراد بطلان الاشتراء قبل التقسيم، و المراد بالخيار الخيار فى الاشتراء الجديد بعد التقسيم لا الخيار المصطلح. و لعل الوجه فى البطلان ان المراد بالسهم ما يخرج بعد التقسيم، و من الظاهر أنه قبل التقسيم لا يكون من له السهم مالكا لتلك الحصه المعينه.

و يحتمل أن يكون المراد من الخيار خيارا استقلاليا فى قبال بقيه الخيارات بأن يكون البيع صحيحا لكن بعد اخراج السهم و يكون المشترى بعد خروج السهم بالخيار. و لكن هذا الاحتمال بعيد، و كيف كان لا ترتبط هذه الروايه بما نحن فيه.

و منها: ما عن منهال القصاب «۱» و هذه الروايه كما ترى لا ترتبط بهذا البحث مضافا الى ضعف سندها، فالعمده صحيح جميل.

الرابع – الشرط الارتكازى،

و الظاهر أنه أمر عقلائى و يشمله دليل صحه الشروط. و ما يمكن أن يرد فيه و يبحث عنه قد تقدم فى الابحاث السابقه فلا نعيد.

ثم هل يختص هـذا الخيار بالمشترى أو يعم البائع؟ لا شبهه فى أنه لو كان المدرك الشـرط الارتكازى يعم البائع، كما أن الامر كذلك لو كان المدرك الاجماع أو حديث نفى الضـرر. و أما لو كان المدرك النص فلا شـبهه فى عدم شمول صحيحه جميل للبائع، و حمل كلامه عليه السلام على العموم- بدعوى أن ذكر المشترى

---

(١) الوسائل الباب (١٢) من ابواب عقد البيع الحديث ٨.

قوله: مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه (١).

من باب المثال فى كلام السائل- عهدتها على مدعيها.

[مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه]

اشاره

أقـول: الظـاهر عـدم الفرق بين أن يكون المـبيع شخصـيا خارجيـا أو كليـا فى المعين أو كليـا مشاعـا، و ان المـدرك لو كـان هو الاجماع أو الارتكاز العقلائى أو قاعـده نفى الضـرر فعموم الحكم واضـح، و أما لو كان المدرك النص فأيضا يفهم العرف عدم الفرق، فكمـا أيضا لا يفرق بين الضـيعه و غيرها فكـذلك لا يفرق بين المـذكورات. و لا يبعـد أن يكون نظر الشـيخ أيضا الى ما ذكرنا. نعم لا يجرى فى الكلى فى الذمه، اذ لا يتصور فيه خيار الرؤيه كما هو ظاهر.

ثم ان فى هذه المسأله عده اشكالات:

(الاول) أنهم ذكروا و اشترطوا فى صحه العقد ذكر ما يتفاوت المبيع بلحاظ ثمنه،

فـان الاوصاف الـدخيله فى اختلاف الثمن لا بـد من ذكرها. و أيضا اشترطوا ذكر ما يعتبر ذكره فى باب السـلم، و الحال أنه فرق بين هذين الضابطين، فان الضابط فى باب السـلم أوسع دائره من الضابط فى المقام، اذ التضـيق فى باب السلم يوجب عزه الوجود أو تعذره، و أيضا يتعذر فى باب السـلم استقصاء الصفات بخلاف ما نحن فيه، فكيف يمكن جعل كل من الامرين ضابطا للصحه فى المقام. و ادعاء الاجماع عليه مع أنه من الجمع بين المتنافيين.

و الجواب عن هـذا الاشـكال: ان مرجع الامرين الى شـى ء واحـد. و توضـيح المـدعى: ان الغرر انمـا ينشـأ من الجهل بالصـفات الـدخيله فى الرغبـات بحسب النـوع و تـوجب زيـاده القيمه و نقصانهـا. و بعبـاره أخرى: الصـفات الـدخيله فى الرغبـات الموجبه لاختلاف قيمه الاشياء على ثلاثه أقسام:

القسم الاول- ما يكون قوام الشى ء به كالبقريه و الحماريه و غيرها من المقومات

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸۴

...

الحقيقيه، و مثله مـا يكون مقوما عرفيا كالرجوليه و الانوثيه. و يلحق بما ذكر كل صـفه دخيله فى عمـده القيمه و يكون معتـدا به عند العقلاء ككتابه

العبد و قوته و شباب الجاريه و جمالها الى غيرها من الصفات الملحوظه عند العقلاء التى تختلف الرغبات باختلافها.

القسم الثانى- ما يكون دخيلا فى اختلاف الرغبات لكن لا بمقدار يعتد به بل بمقدار يصير غير قابل لبروز الخلاف.

القسم الثالث- ما يكون دخيلا فى الجهات الشخصيه، ككون هذا الخط خط الوالد، و المعتبر ذكره فى العقد او للاطلاع عليه من الخارج.

أما القسم الاول فانه مع الجهل به يتحقق الغرر، و أما القسم الثانى و الثالث فلا يلزم العلم بهما و لا ذكرهما، اذ لا يوجب الجهل بهما الغرر المنهى، فلا موجب لاشتراط ذكره أو العلم به. و من الظاهر أنه يعتبر فى السلم ذكر ما يكون من القسم الاول كما يعتبر فى البيع العين الحاضره، و لو فرض تعذر وجوده نلتزم بفساد البيع و لا نبالى، فلا خلاف بين الضابطين.

(الثانى) ان الاوصاف التى يختلف بها الثمن غير محصوره خصوصا فى العبيد و الاماء،

و الاحاله على المعظم احاله على المجهول. و أجاب المصنف بأن الميزان فى الصحه رفع الغرر العرفى الذى أخص من الغرر الشرعى.

و لا يخفى أنه ليس للغرر حقيقه شرعيه كى يكون تفاوت بين المعنى العرفى و الشرعى، لكن ما أفاده هو الميزان، فانه يلزم رفع الغرر و الخطر اما بالتوصيف و اما بالمشاهده، و لو لاه لكان البيع فاسدا لفساد الغرر فلا اشكال.

(الثالث) انه لو كان ذكر الاوصاف بمنزله الرؤيه فلا بد فى صحه البيع من رؤيه المبيع و مشاهدته كاملا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸۵

...

مع انهم يكتفون فى المشاهده بأقل من هذا المقدار، و الحال أن المدرك واحد و هو لزوم الغرر.

و الجواب: ان الميزان فى المشاهده و التوصيف ارتفاع الغرر، و هو يرتفع بمشاهده ما يكون دخيلا فى اختلاف الثمن. و بعباره أخرى: يكفى الاطلاع على مقدار لا يقدم العقلاء فى الاقل منه. نعم المسامحات العرفيه لا اعتبار بها كما أن المداقه غير معتبره.

(الرابع) ان الصفات الدخليه لو لم تذكر عند البيع يبطل البيع بلحاظ لزوم الغرر،

و ان ذكر يوجب ذكرها تقييد المبيع و وجوده غير معلوم و هذا الغرر أعظم.

و الجواب: كما عن الشيخ بأنه يرتفع الغرر بذكر الصفات و لا يكون ذكر الصفات موجبا للتقييد بل التقييد غير معقول بالنسبه

الى الجزئى الخارجى.

و ما فى كلام السيد فى الحاشيه من أنه مع حصول العلم يرتفع الغرر مع عدم حصوله لا أثر لذكر الصفات لعدم رفع الغرر، ليس على ما ينبغى، فان الغرر يرتفع بذكر الاوصاف، اذ مرجع ذكر الاوصاف هو الاشتراط، و مع الاشتراط لا غرر، اذ يعلم المشترى بأنه لو لم يكن بالوصف له الخيار.

ان قلت: فما أثر الاشتراط، اذ غرض المشترى أن يحصل العبد الكاتب، و مع الاشتراط ربما لا يصل الى غرضه، فالاشكال باق على حاله.

قلت: أو لا ننقض بما يكون البائع عادلا أو ثقه أو اخبر بكون العين متصفه بصفه كذائيه، فانه لا شبهه فى صحه البيع و مع ذلك لا يطمئن المشترى بوصوله الى غرضه من الاشتراء، و مجرد حجه قول البائع لا يؤثر فى غرض المشترى.

و ثانيا- عدم وصول المشترى الى غرضه و عدم احرازه هذا المعنى لا يؤثر فى بطلان المعامله و صحتها، بل الميزان فى صحه العقد عدم المجازفه و عدم

دراساتنا من الفقه الجعفرى،

ج ۴، ص: ۲۸۶

...

الاقدام الخطری، و هذا المعنی یحصل بالاشتراط.

ان قلت: صحه الاشتراط تتوقف علی صحه العقد، و الحال أن صحه العقد تتوقف علی صحه الشرط فیلزم الدور.

قلت: هذا الاشکال وارد بالنسبه الی الخیارات الجعلیه الشرعیه کخیار المجلس و الحیوان، و أما بالنسبه الی الخیار العرفی فلا، بیان ذلک: ان الخیار الشرعی انما یتحقق فیما یکون العقد صحیحا، فیلزم الدور بالتقریب المتقدم، و أما الخیار العرفی الناشی من الاشتراط یوجب رفع الغرر مع قطع النظر من الشرح، و بهذا الاشتراط یدفع الغرر، و مع امتناعه لا محذور فی شمول دلیل الصحه اياه کما هو ظاهر.

ان قلت: ان خیار الرؤیه أیضا جعل تعبدی، فیجری الاشکال.

قلت: ان الرافع للغرر هو اشتراط الارتکازی و هو موجود فی مورد البحث.

و فی کلام السید ثلاثه اشکالات فی المقام:

منها- انه لو کان الاشتراط موجبا لصحه العقد فالتقیید أیضا کذلک، فانه اما یوجب بطلان البیع أو یوجب الخیار فلا ضرر.

و منها- أنه یلزم بیع المجهول مع الاشتراط و لا یمکن الالتزام به.

و منها- أنه یلزم الجواز حتی مع عدم الاشتراط لمکان خیار المجلس مطلقا و خیار الحیوان فی خصوصه.

و یرد علیه: ان التقیید غیر قابل فی الجزئی الخارجی، و أما الصحه مع خیار المجلس ففیها أنه قد مر آنفا أن الخیار التعبدی لا یوجب الصحه، و أما بیع المجهول فکل مورد یکون الفساد من ناحیه الغرر نلتزم بالصحه بجعل الخیار، و المعیار رفع الخطر، فلو کان الخطر مرتفعا بالخیار نلتزم بالصحه، و أما لو کان الجهل مضرا فهو أمر خارج عن البحث و تابع لدلیل الاعتبار.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۸۷

...

(الخامس) ان الشرط لا یتعلق الا بأمر غیر اختیاری،

و ظاهر أن کتابه العبد لیست تحت اختیاره فکیف یشترط فی

ضمن العقد.

و الجواب: ان الشرط لا يتعلق بالكتابه، بل الشرط عباره عن جعل الخيار عند انكشاف عدم الكتابه، فما أفيد فى الاشكال و ان كان تاما لكن لا ينطبق على ما نحن بصدده.

(السادس) ان العقود تابعه للقصود،

و المفروض أن القصد متعلق بالموصوف بالوصف الكذائى، فلا بد من الالتزام بالفساد عند فقدانه لا الصحه مع الخيار، كما أن الامر كذلك فيما كان الشرط فاسدا، حيث قالوا بأنه مفسد للعقد.

و لا يقاس بمسأله تبعيض البيع من حيث الملكيه و عدمها، حيث حكموا بالصحه بالنسبه الى البعض و الفساد بالنسبه الى بعض آخر، اذ الثمن يقسط على أجزاء المبيع و لا يقسط على الشرط، فاللازم القول بالفساد أولا، و على فرض الصحه لا وجه للخيار، و لذا ذهب الأردبيلى الى أن البطلان مقتضى القاعده. و احتمل العلامه البطلان و أجاب عنه بعض. و يحتمل أن يكون صاحب الجواهر بأن الاشتباه ناش من عدم الفرق بين الوصف الكلى و الشخصى و بين الوصف الذاتى و العرضى، و ان المورد من موارد تعارض الوصف و الاشاره مقدمه.

و هذا الجواب كما أفاد الشيخ جزاف، فان بحث تعارض الوصف و الاشاره انما يكون فيما يدور الامر بين أمرين فى مقام الاثبات، كما لو قال المولى «اكرم هذا العالم» و يشير الى زيد الجاهل، فلا ندرى نأخذ بكلامه حيث يدل على وجوب اكرام العالم، أو نأخذ بمقتضى الاشاره حيث تدل على

...

وجوب اكرام الجاهل المشار اليه فى الخارج، و فى المقام لا شبهه فى تعلق العقد بهذا العين الخارجيه.

هذا أولا، و ثانيا على فرض صحه ما أفاده فما الوجه فى ثبوت الخيار، اذ معنى تقديم الاشاره أن الوصف لا اعتبار به

عند الاشاره.

و الحق فى الجواب أن يقال: أولا ان الحق صحه العقد فى مورد الشرط الفاسد، و سنبين حقيقه الحال فى بحث الشرط و نقول بأن فساد الشرط لا يسرى الى العقد، فلا مجال للقول بالفساد فى المقيس عليه فكيف بالمقيس.

و ثانيا- انه لا وجه لهذا القياس، اذ فى المقام لا يكون فاسدا كما هو ظاهر.

و ملخص الكلام ان اشتراط الكتابه فى العين الخارجيه ليس تقييدا اذ لا يعقل تقييد الجزء الخارج، و لا يكون تعليقا اذ التعليق على الصفه العرضيه يبطل البيع، بل معنى الاشتراط كما ذكرنا آنفا عباره عن جعل الخيار عند عدم الوصف، و لا شبهه فى أن العقد مع الخيار يخرج عن كونه غرريا فيصح و يثبت الخيار، فلا وجه للبطلان، كما أنه لا وجه للصحه بلا خيار بل القاعده تقتضى الصحه مع الخيار.

ثم ان المشهور فيما بين القوم التخيير بين الرد و الامساك مجانا، و نسب الى ابن ادريس أن له الخيار بين الرد و الامساك بالارش.

و ربما يقال فى وجهه: بأن الضرر يرتفع بكل من الامرين فله الخيار بين الامرين.

و فيه: أولا ان حديث لا ضرر ليس مدركا للخيار كما مر مفصلا. و ثانيا على فرض كونه مدركا انما يقتضى عدم لزوم العقد لا جواز استرداد الارش، حيث أن القاعده لا تقتضى ثبوت أمر بل مقتضاها النفى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸۹

قوله: مسأله الاكثر على ان خيار الرؤيه فورى (۱).

قوله: مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا (۲).

و الحق ما عليه المشهور، فان الوصف لو كان وصفا عرضيا يكون الخيار بين الرد و الارش بمقتضى دليل خيار العيب لا خيار الرؤيه، و أما لو لم يكن كذلك

فلا دليل لثبوت الارش، بل الثابت بمقتضى خيار الشرط و النص الخاص جواز الرد أو الامساك مجانا. ثم ان تشخيص الوصف الذاتى الذى يدور عليه صحه العقد و بطلانه و العرضى الذى يكون مدارا للخيار هو العرف.

[مسأله الأكثر على أن خيار الرؤيه فورى]

أقول: ذهب الاكثر الى أن خيار الرؤيه فورى، بل عن ظاهر التذكره عدم الخلاف بين المسلمين الامن احمد.

و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: ان دليل الخيار لو كان هو الاجماع لا يدل الاعلى المقدار المتيقن و فى الزائد منه يرجع الى عموم وجوب الوفاء، و لا مجال للاستصحاب مع وجود الاماره، مضافا الى أنه شك فى المقتضى، و لا يجرى عند من يشترط فى جريانه احراز المقتضى و معارضته بأصاله عدم الجعل. و أما لو كان المدرك دليل لا ضرر فمع بقاء الضرر يبقى الخيار ببقاء موضوعه، و مع انتفائه فى الان الثانى لا مقتضى لبقائه. و أما لو كان المدرك النص- كما هو الحق- فمقتضى اطلاقه بقاء الخيار الى الاخر، كما أن مقتضى الشرط الارتكازى كذلك.

و لا مجال أن يقال: ان المستفاد من النص محدوديه الخيار بزمان الرؤيه فكما ان الخيار فى خيار المجلس محدود بالرؤيه، فكذلك فى المقام محدود بزمان الرؤيه، فان هذا التعريف فاسد و مناف لإطلاق الدليل فلاحظ. فالحق كما أفاده الاستاذ فى منهاجه بأن الاقرب هو التراخى.

[مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا]

أفاد الشيخ بأنه يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا. و لا يخفى أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۰

...

ما أفاده مبنى على كون هذا الخيار فوريا، و عليه يكون اطلاق المسقط عليه بالمسامحه، اذ بقاء ينتهى أمده لا انه يسقط، مضافا الى أنه قد مر آنفا ان الحق انه ليس فوريا و يسقط بالاسقاط بعد الرؤيه.

و هذا لا شبهه فيه، و هل يسقط بالتصرف بعدها أم لا، قد مر أن التصرف بما هو تصرف ليس مسقطا على القاعده، و لا بد من قيام دليل خاص عليه. نعم لو قصد به الاسقاط يسقط،

فانه يسقط بكل ما يكون مسقطا خارجا و لو بمعونه القرينه. و لو تصرف فيها قبل الرؤيه فأفاد الشيخ بأن فيه وجوها ثلاثه:

الاول- انه مسقط مطلقا. و الوجه فيه أن التصرف مسقط تعبدى، و استفيد هذا المعنى من أدله سقوط خيار الحيوان بالتصرف.

و فيه: انه قد مر أن الدليل يختص بمورده، و لا وجه للتعدى مضافا الى أن الخيار لو حدث بعد الرؤيه، فلا موضوع له قبلها.

الثانى- ان التصرف لا يكون كاشفا، فلا يكون مسقطا مطلقا.

و فيه: ان الاشكال لو كان بهذا المقدار يمكن دفعه بأن النص ربما يكون كاشفا.

الثالث- ما فى المتن من الابتناء على جواز الاسقاط قبل الرؤيه. و هذا هو الحق، و هل يجوز اسقاطه قبل الرؤيه أم لا؟ لو قلنا بأن مدرك الخيار الشرط الارتكازى فلا مانع من الاسقاط قبل الرؤيه، لان الخيار موجود بالشرط قبلها، بل يجوز حتى على القول بثبوته بعدها، لما مر منا أنه بالشرط يثبت حق للشارط، و له أن يسقط عقد الشرطى.

و أما لو قلنا بأن المدرك النص فلا يبعد أن يقال: بأن المستفاد منه ثبوت الخيار قبلها. بتقريب أن تناسب الحكم و الموضوع يقتضى ثبوته، و ذلك لان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۱

...

المنشأ للخيار عدم الرؤيه و هو سبب للخيار و الرؤيه المتأخره طريق اليه، و لذا نلتزم بثبوته الواقعى و لو مع عدم الرؤيه.

و أما لو نوقش فى هذا التقريب و فيل بأنه خلاف ظاهر الدليل و لا أقل من الاجمال، فيشكل الاسقاط لا من باب أنه اسقاط ما لم يجب، فإنه قد مر بأنه لا ضير فيه، بل لعدم دليل صالح يقتضى جواز اسقاطه قبل أو ان تحققه. و كل ذلك قد

مر فی المباحثه المتقدمه.

ثم أنه هل يجوز اسقاط هذا الخيار فی ضمن العقد؟ الاقوال فی المسأله ثلاثه:

الاول- ان هذا الشرط فاسد و مفسد للعقد، هذا القول منسوب الى العلامه و جماعه.

الثاني- ان كليهما صحيح، و هذا القول منسوب الى النهايه و بعض.

الثالث- ان الشرط فاسد و العقد صحيح.

و استدل على القول الاول: بأن اشتراط السقوط فی ضمن العقد يوجب غرريه العقد فيبطل العقد و الشرط، و لا بد فی المقام من التفصيل بأن نقول: ان الغرر قد يرتفع بغير اشتراط الخيار، كما لو علم بوصف المبيع أو قام عليه بينه شرعيه، فلا يكون اسقاط الخيار موجبا للغرر، و أما لو كان طريق رفع الغرر بالاشتراط فالحق كما أفيد.

ان قلت: ان الخيار حكم شرعی و لا يرفع به الغرر و الا لكان بيع كل مجهول جائزا بالخيار.

قلت: لا- منافاه بين كونه صحيحا شرعيا و بين كونه رافعا للغرر، اذ الحكم بالخيار فيما يشترط الخيار ليس حكما تأسيسيا بل حكما امضائيا مع قطع النظر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۲

...

عن الحكم الشرعی.

و أما ما أفيد فی الاشكال: من انه يلزم جواز بيع كل مجهول مع جعل الخيار فقد مر الجواب عنه و قلنا لا نبالی بما ذكر، فان كل مجهول يوجب الغرر، و كان وجه فساده من ناحيه الغرر نلتزم بأنه يرتفع بجعل الخيار.

فانقدح أنه لا يجوز اشتراط سقوط الخيار من جهه استلزامه الغرر، و أما من ناحيه اسقاط ما لم يجب فلا يتوجه الاشكال، لان مرجع سقوط الخيار الى عدم الاشتراط. نعم بالنسبه الى الخيار الشرعی التعبدی المستفاد من النص فاشكال اسقاط ما لم يجب يجرى فيه، و قد مر أنه ليس فيه اشكال من ناحيه

التعليق لكن الاشكال فيه من ناحيه عدم الدليل على اسقاطه قبل أوانه بحاله، فانه لا دليل على جواز اسقاط كل حق فى كل زمان حتى قبل ظرف ذلك الحق.

فانقدح بما ذكرنا: ان الحق بطلان العقد و الشرط. و أما القول بصحه العقد و الشرط بدعوى أن الخيار لا يؤثر فى صحه العقد فلا- وجه لبطلانه باشتراط سقوطه فالعقد صحيح، و حيث أنه يجوز اشتراط سقوط الخيار- لان لكل ذى حق اسقاط حقه- فالشرط صحيح أيضا.

فيرد فيه: ان صحه العقد ربما تتوقف على جعل الخيار كما بينا، و على فرض صحه العقد لا وجه لصحه الشرط لعدم المقتضى كما ذكره.

و أيضا ظهر أن ما أفيد من صحه العقد و فساد الشرط غير تام بالنسبه الى صحه العقد، و أما بالنسبه الى فساد الشرط فالحق كما أفيد، اذ الكلام فى المقتضى فانه لم يثبت أن ذا الحق يمكنه شرعا اسقاط الحق قبل أوان الحق.

ان قلت: كيف يكون اشتراط سقوط الخيار موجبا للبطلان و الحال أن التبرى من العيوب لا يوجب فساد العقد، و الحال أن الغرر الحاصل بالعيب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۳

قوله: مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بابدال العين. (۱)

أعظم من الغرر الناشئ من صفه الكمال.

قلت: أولا- التبرى من العيوب انما يجوز فيما تكون الاماره المعتبره على الصحه بحيث ينسد باب احتمال الغرر و الخطر. و ثانيا على فرض تسلمه نقول:

مقتضى القاعده هو الفساد فى كلا الموردين، غايه الامر بواسطه دلاله الدليل نرفع اليد فى مورد التبرى و نلتزم بالصحه، اذ ليس الحكم بالفساد حكما عقليا غير قابل لان يخصص، و الحكم بالفساد فى غير ذلك المورد و ليس هذا بعزيز.

[مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين]

أقول: لا- يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و بتبديل المبيع بغيره، فانه لا وجه لسقوطه، أعم من أن يكون المدرك له الشرط الارتكازى أو النص الخاص و الوجه فيه ظاهر.

ثم ان الشيخ أفاد بأنه لو شرط الابدال فى صوره ظهور المبيع على خلاف الوصف، ففى الدروس الاقرب الفساد.

لا يخفى ان اشتراط الابدال اما يكون بنحو شرط الفعل و اما يكون بنحو شرط النتيجه، أما على الاول فالظاهر أنه لا مانع منه، فان الابدال أمر جائز و يلزم بالشرط و لو امتنع منه يجبر من قبل الحاكم، بل يجوز له أن يتصدى له لأنه ولى الممتنع، و على فرض عدم امكان الاجبار و التصدى مباشره يثبت للمشترى خيار تخلف الشرط فلا موجب للفساد لا من ناحيه الغرر كما هو ظاهر و لا من ناحيه الشرط. و الحاصل ان شرط الابدال مرجعه الى اشتراط عقد جديد واقع بين البائع و المشترى، و واضح أنه لا اشكال فيه. و هذا يتصور بنحوين: أحدهما تبديل المبيع بعين أخرى، ثانيهما تبديل الثمن بثمن آخر أقل. و كلاهما جائزان بلا اشكال.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۴

...

و أما على الثانى فيشكل بأن شرط النتيجه ان كان معناه حصول المبادله عند ظهور الخلاف بلا سبب و بنفسه فلا دليل على صحته بل الدليل قائم على فساده لان الشرط يلزم أن يتعلق بأمر جائز شرعا، و التبديل بغير السبب غير شرعى، و ان كان معناه جعل التبديل فعلا بنحو التعليق فأيضا غير جائز، اذ التعليق فى المعاوضه أمر فاسد شرعا.

لا يقال: لا اشكال فى التعليق اذا وقع فى حيز الشرط.

فانه يقال: الشرط غير شرعى، و لا بد أن يكون المتعلق للشرط أمرا جائزا

فی حد نفسه فیلزم بالشرط، و المفروض أن المعاوضه التعلیقیه أمر غیر جائز.

هـذا کله فیما یکون المقصود تبدیل العین بعین أخری، و ان کان المقصود تبدیل الثمن مرجعه الی انفساخ المعامله و إنشاء عقد جدید و یکون الاشکال فی هذا الفرض أوضح و أقوی کما هو ظاهر.

و بما ذکرنا ظهر أن ما أفاده الاستاذ دام ظله فی المقام کما فی التقریر لیس علی ما ینبغی، فانه أفاد فی المقام ان الاشکال المتصور فی المقام ثلاثه:

الاول- اشکال التعلیق. و حیث ان المدرک هو الاجماع فلا یشمل المقام.

الثانی- ان العقد و التبدیل کیف یمکن أن یتحقق بالشرط. و فیه ان التعویض لیس من الامور التی یکون له سبب خاص کالطلاق.

الثالث- لزوم الغرر. و فیه أنه لا غرر من ناحیه هذا الشرط و قد ظهر بما قدمناه ان الاشکال من ناحیه أخری، و هو أن الشرط لا یکون شرعا. و أیضا ظهر بما ذکرنا فساد ما أفاده السید من أن هذا التعویض لیس مبیعا کی یشترط.

و أما المقام الثانی و هو شرط الابدال فهو أیضا اما أن یکون بنحو شرط

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۹۵

...

الفعل و اما أن یکون بنحو شرط النتیجه، فالصور أربع:

(الصوره الاولی) أن یشترط المشتری علی البائع بأنه لو ظهر المبیع علی خلاف الوصف یبدل العین بغیرها. و الظاهر أنه لا اشکال فیه من أی ناحیه، فان المعاوضه أمر جائز وضعا و تکلیفا و یلزم بالشرط.

(الصوره الثانیه) أن یشترط المشتری علی البائع ابدال الثمن بغیره، و معناه أنه اذا استقاله المشتری یقیله و یعاوض معه معاوضه جدیده. و هذا أیضا لا اشکال فیه من ناحیه کما هو ظاهر.

(الصوره الثالثه) أن یشترط المشتری علی البائع

ابـدال العين بغيرهـا بنحو شـرط النتيجه، و ما يتصور فيه من الاشـكال امور: الاول انه تعليق اذ مرجعه الى تعليق العقـد على ظهور الخلاف مثلا كالوجوب المشـروط فى التكليفيات و كالوضـيعه التمليكيه فى الوضعيات. و يذب هذا الاشكال بأن اشكال التعليق فى العقود ليس الا من ناحيه الاجماع، و فيما يكون بنحو الاشتراط فى ضـمن العقد لا يكون مشـمولا للإجماع ان لم يكن خلافه مجمعا عليه. نعم قد علم من الشـرع أنه لا يجوز فى بعض العقود تعليق مفاد العقد على أمر اسـتقبالى، كالزوجيه مثلا فانه لا يجوز تزويج المرأه من الشهر الآتى و أما مثل البيع فلا.

الثانى- انه كيف يمكن ايجاب العقد بالشـرط. و يذب أيضا هذا الاشـكال بأن بعض العقود و الايقاعات مرهونه فى مقام الانشاء بمبرز خـاص كالطلاـق مثلاـ فانه لا يتحقق بكل مبرز و لا بكل لفظ، و أما جميع العقود فليس الامر فيها كـذلك. نعم لو قلنا بأن البيع يحتاج الى مبرز خاص و لفظ مخصوص يشكل الامر.

ان قلت: هذا ليس بيعا بل معاوضه مستقله كما فى حاشيه السيد، و التعويض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۶

...

بغير العناوين الخاصه لا يحتاج الى لفظ خاص.

قلت: لا نتصور هـذا المعنى و لا دليل على صـحه هـذا المـدعى، فان مقتضـى قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا» الى قوله «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» ان تملك مال الغير لا يجوز الا بالتجاره، و قـد ذكرنا فى بعض الابحاث المتقدمه ان التجاره اما تكون عباره عن البيع و امـا تكون مجمله، و على كلا التقـديرين شـمولها لغير البيع اما ممنوع و أما مشـكوك فيه. و مما ذكرنا ظهر الاشـكال فى مقاله السيد، و هذا الذى ذكرنا

موضوع أساسى تترتب عليه آثار.

الثالث- انه يوجب الغرر. و فيه انه لا- وجه للغرريه، فانه لو لم يكن رافعا للغرر لا يكون غررا، اما بالنسبه الى المشترى فانه يعلم بأن المبيع اما كاتب و اما غير كاتب، أما على الاول فيدخل الكاتب فى ملكه، و أما على الثانى فيعلم بأنه يدخل فى مقابل غير الكاتب فى ملكه عبد كاتب، و أما بالنسبه الى البائع فانه مع جهله بالموضوع يكون المعامله غرريه بالنسبه اليه من الاول، و ان لم يكن جاهلا- فهذا الشرط لا- يوجب غررا بالنسبه اليه، بل يمكن أن يتصور عدم الغرر بالنسبه اليه حتى مع الجهل، بأن يعلم أن المقدار المأخوذ من الثمن يرى العبد الكاتب فيعلم بأنه لا خطر عليه على كل تقدير.

(الصوره الرابعه) أن يشترط المشترى على البائع بنحو الشرط النتيجه بتبديل الثمن بغيره، و مرجع هذا الاشتراط الى اشتراط الانفساخ عند ظهور الخلاف و معامله أخرى.

و الاشكالات المتصوره فى الصوره المتقدمه جاريه فى المقام مع اجوبتها.

و لسيدنا الاستاذ اشكال فى المقام من ناحيه أخرى، و هى: ان لازم الفسخ فى ضمن العقد احد الامرين و كلاهما باطلان: احدهما التناقض، ثانيهما تحديد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۷

...

الملكيه فى البيع. بيان ذلك: ان الفسخ فى ضمن العقد رفع للملكيه، فلو قصد البيع بماله من المعنى العرفى- أى الملكيه الدائمه- يكون الفسخ مناقضا له و لو قصد التمليك الى حين الفسخ يكون خلاف معنى البيع. نعم لا مانع من الفسخ فى ضمن عقد آخر. هذا ملخص اشكاله، و فى كلامه مواضع للنظر:

الاول- انه لا فرق من هذه الجهه بين أن يكون شرط الفسخ فى ضمن هذا العقد و بين أن يكون فى

ضمن غيره من العقود، فلو باع بنفسه داره من زيد و فى ذلك الوقت شرط و كيله انفساخ هذا البيع فى ضمن عقد أوقعه مع وكيل المشترى يجرى الاشكال بعينه بلا فرق.

الثانى- ان ما أفاده ينافى ما أفاده فى حقيقه جعل الخيار، حيث قال: معنى جعل الخيار للبيع. الى قوله: فسخت فانه يستلزم التحديد فى التمليك.

الثالث- و هى العمده انه تاره يوقع البيع و فى ذلك الزمان يفسخ بحيث يقارن زمان الملكيه و الانفساخ، و أخرى يكون زمان الانفساخ متأخرا عن زمان البيع. أما على الاول فلا يمكن، اذ معناه الجمع بين المتناقضين، و اما لو كان زمان الانفساخ متأخرا عن الملكيه الحاصله من البيع فلا يتوجه محذور، اذ الفسخ معناه رفع الملكيه الثابته، و لا منافاه بين الامرين عند التأمل.

ثم ان فى المقام كلاما لصاحب الحدائق فى الرد على الشهيد، حيث أن الشهيد أفاد بأنه لو شرط الابدال يكون الشرط فاسدا فيكون مفسدا. فأورد عليه فى الحدائق: بأنه لا وجه لحكمه بالفساد مطلقا، بل فيما ظهر المبيع موصوفا يصح لدلاله الاخبار على الصحه، و أما فى صوره الخلاف يفسد لفساد الشرط اذ مقتضى الاخبار ثبوت الخيار و اشتراط سقوطه يكون فاسدا لمخالفته مع السنه و مع فساده يكون مفسدا للعقد. و شرط الابدال لا يكون جابرا لظهور مخالفته

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۸

...

المبيع الوصف، اذ المفروض أنه شرط سقوط الخيار. و هذا الشرط مخالف للنص الدال على الخيار، فيكون فاسدا فيكون مفسدا.

و لا يخفى أن ما أفاده الشهيد من البطلان معللا بكونه غررا و تكليفا و ليس للإبدال سبب الا الشرط الضمنى و الحال أن الابدال له سبب خاص، فقد مر الجواب عنه.

و

أما صاحب الحدائق فان كان ناظرا الى أن العقد صحيح، مع ظهور الوصف لان المعلق عليه موجود، ففيه أنه يلزم التعليق فى البيع، و هو باطل، مضافا الى أنه فى صوره الخلاف يلزم البطلان لانتفاء المعلق عليه، و الحال أن ظاهر كلامه تعليل الفساد بفساد الشرط. و ان كان من جهه فساد الشرط و ناظرا بأن شرط الفاسد مفسد، فيرد عليه أن الشرط الفاسد اذا كان مفسدا لا يفرق فيه بين حصول ما عليه الشرط و بين غيره، مضافا الى ان اشتراط الاسقاط ليس مخالفا للسنه.

و أما فى كلام الاستاذ من أن حق الخيار حق قابل للإسقاط. ففيه ان الاشكال من ناحيه أن اسقاطه قبل أوان وقته بحاله، كما أن ما أفاده من أن شرط سقوط الخيار منصوص، فقد مر أن النص «۱» مخصوص بمورده و لا وجه للتعدى.

و الحاصل: ما أفاده الشهيد لوجه بطلان الشرط فقد مر الجواب عنه، و قلنا:

ان شيئا من المذكورات لا يكون موجبا للفساد.

و أما ما أفاده صاحب الحدائق فان كان نظره فى الحكم بالصحه فى صوره وجود الوصف تحقق المعلق عليه، فيرد عليه أن التعليق يوجب البطلان مضافا الى أن لازمه بطلان العقد فى صوره الفقدان. و ان كان نظره الى كون الشرط الفاسد مفسدا، فمضافا الى أنه ليس تاما فى حد نفسه، يرد عليه أن الشرط الفاسد على القول بالافساد يكون مفسدا مطلقا، و لا يختلف باختلاف التقادير و لا

---

(۱) الوسائل الباب (۱۱) من ابواب المكاتبه.

قوله: مسأله الظاهر ثبوت خيار الرؤيه فى كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه (۱).

يفرق بين الصوره. مثلا لو اشترط فى ضمن العقد شرب الخمر على تقدير

مجی ء زید، یکون هذا الشرط مفسدا للعقد أعم من مجی ء زید و عدمه.

و أیضا یرد علیه: ان کون الشـرط فاسدا مبنی علی کون المدرک النص، و أما عند من یکون المدرک للخیار الشرط الارتکازی فلا یتم البیان. فلاحظ.

أضف الی ذلک کله أن شـرط الابدال شرط لفسخ العقد، فأی تناف بینه و بین الخیار، بل مؤکد للخیار فان الفسخ بعد العقد من آثار الخیار لا من آثار عدمه.

و أما ما أفاده الاستاذ من أن اسقاط الخیار أمر جائز فلا یکون خلافا للسنه.

ففیه أن الکلام فی المقتضی، اذ قبل أوانه لا دلیل لصحه الاسقاط. اللهم الا أن لا یکون نظر صاحب الحدائق الی هذا الوجه.

و أما ما أفاده من أنه منصوص، ففیه ان النص مخصوص بمورده.

ثم ان اشتراط تبدیل الثمن یمکن أن یکون المراد منه تبدیله بأقل منه، و قد ظهر الوجه فی صـحته و ما یتوجه علیه و ما یجاب به مما ذکرنا فلا وجه للإعاده.

[مسأله الظاهر ثبوت خیار الرؤیه فی کل عقد واقع علی عین شخصیه موصوفه]

أقول: هل خیار الرؤیه یختص بالبیع أو یجری فی غیره من العقود أیضا؟ أفاد الشیخ قدس سره بأن الظاهر ثبوته فی کل عقد، لأنه مع ظهور الخلاف اما یحکم بالبطلان کما علیه الشهید و اما یحکم بالصحه بلا خیار، لکن الاول خلاف طریقه الفقهاء و الثانی لا مقتضی له، لان عدم الوفاء عند عدم الوصف لا یکون علی خلاف وجوب الوفاء، فلا مقتضی لوجوب الوفاء.

و فیه: انه لیس دلیل وجوب الوفاء منحصرا بآیه «أَوْفُوا»، بل مقتضی الاستصحاب بقاء الملکیه عند الشک فی صحه الفسخ. مضافا الی أن الظاهر من

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۰۰

قوله: لو اختلفا فقال البائع لم یختلف صفه و قال المشتری قد اختلف (۱).

قوله: لو نسج

بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقى كالأول بطل (٢).

كلامه أن العقد معلق على الوصف.

و فيه: انه يلزم البطلان للتعليق، مضافا الى أن لازمه عند ظهور الخلاف البطلان لا الصحه مع الخيار.

و الحق أن يقال: ان المدرك للخيار لو كان هو النص الخاص فلا وجه لثبوته فى غير البيع لعدم المقتضى، و حيث أن النص مدرك كما مر فلا مجال لتسريته من هذه الجهه، لكن الذى يهون الخطب أن الشرط الارتكازى موجود فى كليه الموارد فالخيار موجود.

[لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشترى قد اختلف]

اقول: الظاهر أن القول قول البائع، اذ المشترى يعترف بأن العقد وقع على العين الشخصيه الخارجيه و يدعى الخيار، و الاصل عدمه.

و لا فرق بين أن يكون الاختلاف بينهما بين أن يدعى المشترى أنى اشتريت العبد على أن يكون كاتبا و بين أن يدعى انى اشتريت العبد الكاتب، بأن يقال فى الاول القول قول البائع و فى الثانى القول قول المشترى، بتقريب أن البيع فى الثانى مركزه المقيد فالاختلاف بينهما فى المبيع، و الاصل عدم وقوعه على غير المقيد. و لا يعارضه أصاله عدم وقوعه على المقيد، لأنه لا يثبت وقوعه على المطلق الا على نحو الاثبات، فان هذا البيان و الفرق فاسد، اذ لا شبهه فى وقوع البيع على العين الشخصيه باعتراف المشترى، و الكلام فى أمر زائد و الاصل عدمه.

[لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقى كالأول بطل]

أقول: نسب الى المبسوط و العلامه و جمله من الاعلام، و استدل على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۰۱

قوله: السابع خيار العيب (١).

المنع بأن بعض المبيع حاضر و بعضه فى الذمه مجهول.

و لتوضيح الحال ينبغى ذكر الاقسام المتصوره و بيان الحال فيها، فنقول:

تاره يبيع ما يكون بعضه منسوخا بعنوان المنسوخ و البيع يقع على المنسوج الخارجى- أى ما ينسج بعد ذلك- فربما يقال بأنه باطل من جهه أنه معدوم، لكن يمكن أن يقال بأن البيع أمر اعتبارى و الملكيه قابله لان تتعلق بأمر يوجد بعد ذلك، لكن حيث أن المنسوجه صوره نوعيه عرفيه و البيع يقع على الصوره النوعيه العرفيه فلا يصح البيع لأنه داخل فى بيع ما ليس عنده.

و أخرى يبيع المنسوج و غير المنسوج و يشترط نسج الباقى على عنوان الاول، فالبيع صحيح. و فى صوره عدم النسج يثبت

للمشترى خيار تخلف

الوصف و الشرط.

و ثالثه يبيع مع المنسوج الشخصى مقدارا كليا على أن ينسجه على هذا المنوال، فلو لم ينسجه يثبت للمشترى خيار تخلف الشرط.

و رابعه يبيع مقدارا شخصيا منسوجا مع مقدار كلى منسوج على هذا المنوال. ففى هذه الصوره لو لم ينسجه فقد أفاد الشيخ بأن للمشترى خيار تبعض الصفقه، و الحال أنه ليس الامر كذلك، بل للمشترى أن يطالبه بتسليم ما اشتراه منه، و مع التعذر يثبت له خيار التخلف.

[القسم السابع خيار العيب]

اشاره

أقول: أفاد الشيخ بأن اطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنيا على سلامه العين، و انما ترك اشتراطه صريحا اعتمادا على أصاله السلامه. لا يخفى أن الغرض النوعى من المعامله التحفظ على الماليه، و من الظاهر أن وصف الصحه من أهم ما يختلف به ماليه الشى ء، فعليه لو بيع عين مع الشك فى صحته و عيبه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۰۲

...

يكون البيع باطلا لكونه غرريا.

و ربما يتمسك فى رفع هذا الاشكال بأصاله السلامه كما فى كلام الشيخ، و لا بد من أن يتأمل فى هذا الوجه، فانه ان كان المراد منها الاستصحاب ففيه أن الاستصحاب و ان كان من الامارات لكن لا يكون مثبتا، و حيث ان الاثر يترتب على احراز عدم الخطر و الاستصحاب لا يوجب رفع الشك النفسانى، فالغرر بحاله.

و أما فى كلام الاستاذ بأنه يمكن أن العين وجدت من أول الامر معيبا فلا مجال لاستصحاب الصحه. فيرد فيه ان استصحاب عدم كونه معيوبا بالعدم الازلى لا مانع منه، الا أن يقال لا بد من احراز الصحه و لا يثبت الصحه بعدم العيب. فلاحظ.

و ربما يتمسك بالغلبه، و فيه أنه على فرض التسليم لا يورث الا الظن الذى لا يغنى من الحق شيئا.

و

ربما يتمسك ببناء العقلاء، و لكن الظاهر أنه ليس بناء منهم بحيث مع قطع النظر عن العلم الخارجى أو الاطمينان أو الشرط الارتكازى يكون لهم بناء على هذا الامر، و لا أقل من الشك فلا يثبت، فعليه نقول: المراد بالاصل المذكور الظاهر أنه عباره عن الارتكاز و الاشتراط. و قد مر أن هذا الشرط رافع للغرر.

و الحاصل ان البائع لو لم يتبرأ من العيب و لم يقيد المبيع بالعيب فالاطلاق يقتضى أن يكون صحيحا، فليس المراد من الاطلاق عدم التقييد بالصحيح كى يقال عدم التقييد بالصحه لا يقتضى الصحه.

و أيضا لا يتوجه الايراد بأنه لو كان هذا الانصراف صحيحا و تماما فلما ذا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۰۳

قوله: مسأله ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الرد و اخذ الارش (۱).

لا ـ يلتزمون به فى الايمان و النذور، فانهم يكتفون بالفرد المعيب. و أيضا لا يتوجه الايراد بأن الجزء الحقيقى غير قابل للتقييد، كما أن الايراد بأن مقتضاه البطلان مع فقدان صفه الصحه، فان هذه الاشكالات كلها مرتفعه.

ثم ان اشتراط الصحه فى متن العقد يوجب تأكيد خيار العيب أو يكون موجبا لثبوت خيار آخر غير خيار العيب. أفاد الشيخ تبعا لتصريح جماعه فى كلامهم أنه تأكيد لا تأسيس، و جعل ما رواه «۱» يونس مؤيدا لما أفاده و اختاره حيث استظهر من الروايه أن الخيار هو خيار العيب و ان اشترط بكاره الامه.

[مسأله ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الرد و أخذ الأرش]

اشاره

أقول: لا شبهه فى أن ظهور العيب فى السلعه يوجب جوار الرد و أخذ الارش فى الجمله بمقتضى الاجماع و الاخبار الوارده فى الابواب المتفرقه.

انما الاشكال فى أن جواز أخذ الارش فى عرض جواز الرد بحيث يكون ذو الخيار مخيرا بين

أحد الامرين أو يختص أخذ الارش بمن لا يكون له الرد فلا يكون أخذ الارش فى عرض جواز الرد.

و ما يمكن أن يستدل به على التخيير بين الامرين أمور:

(منها) ما عن الفقه الرضوى «۲»:

فان خرج فى السلعه عيب و علم المشترى فالخيار له ان شاء رد و ان شاء اخذه اورد عليه بالقيمه ارش العيب. باحتمال زياده الهمزه و يكون العطف بالواو، فتدل الروايه على التخيير بين الامرين.

و فيه: أولا ان الروايه ضعيفه سندا، بل لم يعلم كون هذا الكتاب كتاب روايه. و ثانيا انه لا دليل على زياده الهمزه.

---

(۱) المستدرک الباب ۱۲ من ابواب الخيار الا فيما يكون المردود من عين الثمن.

(۲) الوسائل ج ۱۲ الباب ۶ من ابواب احكام العيوب الحديث ۱.

(و منها) أن يقال بأن أخبار الرد مطلقه بالنسبه الى تمام الثمن المنطبق على الفسخ و الى رد جزء منه المنطبق على أخذ الارش.

و يرد فيه: أولا- ان هذا خلاف ظاهر أخبار الرد، فان ظاهرها رد تمام الثمن.

و ثانيا- ان هذا البيان يتم لو كان الرد فى الارش من عين الثمن، و الحال أنه ليس الرد من العين لازما و لا يصدق الرد.

و ثالثا- مال من الروايات على التفكيك بين الرد و الارش، بأنه لو كان الشى ء قائما بعينه يرى و ان كان غير قائم بعينه يأخذ الارش، فان القسمه قاطع للشركه، و من تلك الروايات ما روى عن احدهما الى أن قال: ان كان الشى ء قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و ان كان الثوب قد قطع أو خط أو صبغ يرجع بنقصان العيب. و لكن الروايه مرسله فغير قابله للاستناد.

(و منها) ان الخيار معلول للعيب،

فلو كان المبيع معيبا يثبت للمشترى الخيار بين الامرين، و لكن حيث أن حق الرد ضعيف يسقط بالتصرف فيبقى الخيار بالنسبه الى الارش. و هذا التقريب و ان كان ممكنا ثبوتا و لكن لا دليل عليه اثباتا.

(و منها) أن المستفاد من الروايات أن الارش يثبت بالتصرف،

أعم من أن يكون التصرف قبل العلم بالعيب و بعده، و العرف يستبعد أن يكون الوطى مثلا موجبا لثبوت حق آخر.

و بعباره أخرى: مناسبه الحكم و الموضوع يقتضى أن يكون حق الرد عرض أخذ الارش، غايه الامر بالتصرف يسقط الاول و بقى الثانى، و الا يلزم أن يكون الزام الارش متوقفا على اختيار ذى الخيار، بأن يطالب من عليه الخيار

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۰۵

قوله: ثم ان فى كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه ما تقدم فى خيار الغبن (۱).

بالارش و بعد اعتذاره بعدم وقوع التصرف يلزم بالارش و فيه ان هذا مجرد استحسان.

[ثم إن فى كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه ما تقدم فى خيار الغبن]

أقول: لا يبعد أن يقال بأن المتفاهم عند العرف أن الميزان بنفس العيب و العلم و الظهور طريق، فانه وقع فى جمله النصوص، و ظاهرها يقتضى دوران الخيار مداره، لكن العلم ليس كبقيه القيود بحيث يفهم منه الموضوعيه بل الظاهر بحسب الفهم العرفى الطريقيه. هذا فيما يكون المدرك لهذا الخيار النص، و أما على تقدير كون المدرك الشرط الارتكازى فالامر أوضح. هذا أولا و ثانيا يمكن أن يستدل للمدعى ببعض نصوص الباب، منها ما رواه ابن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال على عليه السلام: لا يرد الجاريه التى ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها «۱».

و أيضا ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: كان على بن الحسين عليه السلام لا يرد الجاريه التى ليست بحبلى اذا وطئها و كان يضع له من ثمنها بقدر عيبها «۲».

و ما رواه محمد بن ميسر عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: كان على عليه السلام لا يرد

الجاريه بعيب اذا وطئت و لكن يرجع بقيمه العيب ... «۳».

فان المستفاد من هذه الروايات أن الميزان بنفس العيب.

و أما ما فی كلام الاستاذ دام ظله من أنه يفهم من هذه الطائفه الاطلاق- أی عدم الفرق بين قبل الظهور و بعده- و أنه فی قوه أن يقال: ان المعيب يرد قبل الوطء و يؤخذ الارش له بعد الوطء، و لا وجه للتقييد بما قيد بالعلم و الظهور لان حمل المطلق على المقيد فی المثبتين على خلاف القاعده. مخدوش بأن

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۴) من ابواب احكام العيوب الحديث ۱.

(۲) نفس المصدر، الحديث ۵.

(۳) المصدر السابق، الحديث ۸.

...

المستفاد من الروايه أنه عليه السلام كان يأخذ الارش فی صوره الوطء، و من الظاهر أن أخذ الارش كان فيما لو ظهر العيب فلا موضوع للإطلاق.

و أما ما أفاده الشيخ قدس سره من التأييد للمدعى بأن حق مطالبه الارش لا معنى له بظهور العيب بل يثبت بنفس العيب. مدفوع أيضا بأنه لا مانع من ثبوت الارش بعد ظهور العيب كالرد، فان الارش ليس إلا غرامه و تداركا و ليس واقعا فی مقابل مقدار من العين.

و هل يمكن الاستدلال للمدعى بالإجماع و النص على جواز التبری فی ضمن العقد كما فی كلام الشيخ قدس سره أم لا؟ الظاهر هو الثانی، أما الاجماع فلا أثر له كما مر مرارا، و أما النص فالمستفاد منه جواز التبری فی ضمن العقد و تتعبد به بمقدار دلالته و الكلام فی المقام فی ثبوت الخيار بوجود العيب الواقعی و المستفاد من النص ليس الا التبری قبل تماميه العقد، و الكلام فی المقام فيما بعد العقد. و ملخص الكلام

انه حكم خاص تعبدى فى مورد خاص، و لا فرق فيه بين الثبوت قبل الظهور و بعده و على كلا التقديرين اسقاط لما لم يجب.

و مما يدل على المقصود النصوص الوارده فى جواز رد المملوك من أحداث السنه «۱».

ثم ان المصنف أفاد بأنه لو لم يستفد من النص أحد الامرين لا بد من الرجوع الى القواعد، لكن لم يذكر ما هو مقتضى القاعده. و الظاهر أن مقتضى القاعده عدم الثبوت الا بعد الظهور و ذلك لاقتضاء وجوب الوفاء و القدر الخارج بعد الظهور. و أيضا مقتضى الاستصحاب عدم تأثير الرد قبل الظهور.

و الحاصل أن ما يمكن أن يكون وجها لثبوت الخيار قبل العلم أمور:

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) باب ۲ من أبواب أحكام العيوب.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۰۷

قوله: ثم انه لا فرق فى هذا الخيار بين الثمن و المثمن (۱).

الاول- ان ظهور العيب بمنزله رؤيه المبيع على خلاف ما اشترط فيه.

و فيه أنه مبنى على كون مدرك الخيار الاشتراط لا النص.

الثانى- الاجماع نصا و فتوى على جواز اسقاط الخيار و التبرى فى ضمن العقد. و فيه أنه لا دليل على المدعى و انما هو حكم مخصوص بمورده.

الثالث- أن الارش لا معنى له أن يتوقف على الظهور. و فيه أنه لا مانع منه.

الرابع- ان النصوص بحسب الفهم العرفى تدل على أن الموضوع هو العيب لا ـ ظهوره، فان العلم و الظهور طريق و كاشف لا موضوع. و هذا الوجه لا بأس به.

الخامس- أنه يستفاد من النصوص الوارده فى باب أحداث السنه أن المناط هو العيب لا ظهوره، و مجرد امكان أن يكون له شرط و هو الظهور لا يقتضى الالتزام به ما لم يدل عليه دليل.

السادس-

بعض النصوص الوارده فی رد الجاریه بالعیب قبل الوطء و سقوطه بالرد.

[ثم إنه لا فرق فی هذا الخیار بین الثمن و المثمن]

أقول: ان البحث المذکور یختص بما اذا کان المدرک فی الباب هو النص، و أما اذا کان المدرک دلیل نفی الضرر أو الاشتراط الارتکازی أو الاجماع فلا مجال للبحث المـذکور، لعدم الفرق بین الثمن و المثمن فی هذا الفرض، و ان کان العموم فیما یکون الاجماع مشکلا.

ثم ان المصـنف قـال فی وجه مـا ذهب الیه من عـدم الفرق بین الثمن و المثمن انه لاـ خلاـف فیه، و ان کان مورد الاخبار ظهور العیب فی المبیع، لان الغالب کون الثمن نقدا غالبا و المثمن متاعا فیکثر فیه العیب بخلاف النقد.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۰۸

قوله: یسقط الرد خاصه بأمور: أحدها التصریح بالتزام العقد و اسقاط الرد و اختیار الارش (۱).

و فیما أفاده مجال للمناقشه، لان الغلبه فی الاثمان کونها نقـدا و ان کان مسـلما فی زماننا هـذا الا أنه لا یکون کـذلک فی عصـر النبی «ص» و الائمه «ع»، بل کان الثمن فیه متاعا أیضا فی کثیر من الحالات.

و کیف کان فلا بد أن یلاحظ مقتضی الاطلاق فهل یشمل الثمن و المثمن کلاهما أم یختص بالثمن؟

أفاد سیدنا الاستاذ دام ظله أن العنوان المأخوذ فی الدلیل کلمه «شراء»، و هو یطلق علی کلا الطرفین.

و فیما أفاده نظر، لان ما أفاده من عدم الفرق یتصور فی کلمه «اشتراء» حیث انه یسـتعمل فی الایجاب و القبول، و أما «الشراء» فلا یسـتعمل الاـ فی جـانب المشتری. أضف الی ذلک أن المسـتفاد من ظاهر الادله اختصاص العیب بخصوص المبیع. و کیف کان فان قام الاجماع التعبدی علی تعمیمه للثمن أیضا فهو و الا فالامر مشکل.

[یسقط الرد خاصه بأمور:]

[أحدها التصریح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختیار الأرش]

أقول: لا بد أن لا یخفی علیک أن هذا البحث یتوقف علی القول بالعرضیه بین

الرد و الارش، و أما اذا قلنا بأن الارش يكون فى طول الرد فلا تصل النوبه الى البحث المذكور. و على أى حال فالحق كما أفاده المصنف أن الرد يسقط بالتصريح بالتزام العقد و اسقاط الرد بأن يقول «التزمت بالعقد و اسقطت الرد» لأنه حق من الحقوق و هو قابل للإسقاط كما حقق فى محله.

و فى هنا كلام للمحقق الايروانى قدس سره، و هو: ان حق الخيار فى المقام حق واحد متعلق بأحد الامرين من الفسخ و أخذ الارش لا حقان و الإجازه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۰۹

قوله: الثانى التصرف فى المعيب (۱).

الجمع بين الفسخ و أخذ الارش، و الحق الواحد لا يقبل التجزيه و التبعيض، فان سقط سقط رأسا و لم يبق منه شى ء، و الا بقى بكماله و تمامه، فكان فعلا متعلقا بما كان متعلقا به أولا، و مع الشك يستصحب بقاؤه.

و فيه: لاـ نفهم مراده، فانه ما المراد بوحده الحق، اذ لا شبهه فى تعدد متعلق الحق، غايه الامر يمكن أن يكون اسقاطه مشروطا بشرط، و هو اسقاط العدل الاخر أيضا. و مجرد هذا الاحتمال لا يضر بعد ما علمنا بأنه يجوز لذى الحق اسقاط حقه، الا أن يقال: ليس لنا مطلق يؤخذ به فى كل مورد شك فى جهه من الجهات.

و أما الاستصحاب المذكور فهو معارض بمثله، و هل يكون فرق بين الالتزام بالعقد و بين اسقاط الخيار كما يظهر من كلام المصنف، فلا يبعد أن يكون قول القائل «أسقطت خيارى» ظاهرا فى اسقاط كلا الامرين فى مقام الاثبات، و أما فى مقام الثبوت فلا وجه للتفكيك.

[الثانى التصرف فى المعيب]

أقول: و البحث فى المقام راجع الى أن التصرف يسقط الخيار أم لا؟

فنقول:

لا شبهه فى سقوط الخيار بالفعل الدال على الرضا، فانه من الامور الانشائيه التى تقبل تحققها بكل من القول و الفعل. و عمده الكلام فى كون التصرف بما هو مسقط للخيار أم لا، و الذى يمكن وجها لكون التصرف مسقطا أمور:

(الاول) الاجماع. و فيه قد علمت منا مرارا أن المحصل منه غير حاصل، و على تقدير حصوله محتمل المدرك، و المنقول منه ليس بحجه.

(الثانى) ما عن العلامه فى التذكره ان تصرفه فيه رضاء منه بالمعيب، و لو لا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۱۰

...

ذلک كان ينبغى له الصبر و الثبات حتى يعلم حال صحته و عدمها.

و فيه: ان هذا الاستدلال دورى فان كشف التصرف عن الرضا يتوقف على كون التصرف الخارجى ضدا للخيار و عدم اجتماعه معه و لو فى نظر الشارع، و لو توقف المضاده و كونه مسقطا للخيار على الكشف المذكور لزم الدور.

(الثالث) الروايات الوارده فى المقام، كصحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: أيما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار لم يتبرء اليه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلک العوار و بذلک الداء أنه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلک الداء و العيب من ثمن ذلک لو لم يكن به ... «۱».

بتقريب: ان المشترى بعد التصرف لا يجوز له أن يرد المعيب، هذا كبرى القضيه، و أما احراز الصغرى فيستفاد من صحيحه على بن رئاب عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: الشرط فى الحيوان ثلاثه أيام للمشترى اشترط أم لم يشترط فان أحدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثه الايام فذلک رضا منه فلا شرط.

قيل له:

و ما الحدث؟ قال: ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء «٢».

و يرد عليه: ان المستفاد من الروايه الاولى أن المسقط للخيار الحدث المغير للعين كتقصير الثوب و غيره، و أما التصرف المطلق من دون أن يغير العين فلا يصدق عليه الحداث الحدث.

و أما الروايه الثانيه ففيها: أولا- أنها مختصه بخيار الحيوان كما يستفاد ذلك من قوله «ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء».

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ١۶ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (۴) من أبواب الخيار، الحديث ١.

قوله: الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف (١).

و ثانيا- انه يمكن أن يكون صدق احداث الحدث على التقبيل فى المقام من جهه أنه كانت للاستمتاع، و عليه فلا يمكن التعدى الى غيره كتعليق الباب و غيره.

و ثالثا- ان المستفاد من بعض الروايات «١» ان من اشترى جاريه لا تحيض فى سته أشهر من غير حمل و لا كبر و لا صغر فهو ترد منه، و ان كان متصرفا فيها.

نعم و فى المقام روايه «٢» تدل على أن التصرف اذا كان مغيرا للعين مسقط للخيار و الا فلا، الا أنها مرسله فلا يعتمد عليها.

و رابعا- لنا دليل فى المقام على خلافه، فان قوله عليه السلام «كان على لا يرد الجاريه اذا وطئت» «٣»، يدل بمفهومه أنه كان يرد فى غير صوره الوطء حتى مع اللمس و النظر، و كذا يستفاد ذلك من الروايات الوارده فى جواز رد المملوك باحداث السنه.

[الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف]

أقول: المسقط الثالث التلف أو صيرورته كالتالف، أفاد الشيخ قدس سره بأن المستفاد

من المرسله «۴» بضميمه الاجماع أنه يشترط فى بقاء هذا الخيار بقاء العين فى الملك و ان هذا الخيار له خصوصيه تختلف عن بقيه الخيارات، فان الخيار فى غير المقام لا- يسقط بتلف العين و لكن فى المقام يسقط اذا لم تبق العين بحالها و خرجت عن ملك مالكها. و ملخص ما رامه قدس سره أن المستفاد من المرسله و الاجماع اشتراط بقاء العين بحالها، فلو تلفت بالتلف الحقيقى أو الحكمى يسقط الرد.

أقول: اما الاجماع فقد مر ما فيه، و أما المرسله فأولا انها ضعيفه السند، و

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب (۳) من أبواب أحكام العيوب، الحديث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۶ من أبواب الخيار، الحديث (۳).

(۳) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۴ من أبواب أحكام العيوب، الحديث (۸).

(۴) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۶ من أبواب أحكام الخيار، الحديث ۳.

...

ثانيا ان المستفاد منها اشتراط كون العين قائمه بعينها، و من الظاهر أن المستفاد من هذه الكلمه حدوث التغير الحسى فى المبيع، و أيضا من الظاهر أن انتقالها الى ملك الغير لا يكون تغيرا فيها.

و أفاد الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير بأن المستفاد من المرسله أن الامر دائر بين رد العين و بين أخذ الارش، و فيما يكون المبيع منتقلا الى الغير لا يمكن رده، فيسقط الرد و يبقى الارش، و لذا لو أمكن ارجاعه بفسخ أو بمعامله جديده أو انتقاله بسبب غير اختيارى كالإرث لا مانع من الرد.

ان قلت: ان الملكيه حصلت للمشترى باشترائه و قد انعدمت بالبيع من الشخص الثالث، فكيف يمكن الفسخ مع أن الملكيه غير قابله للرد.

قلت: أولا ان النقل و الانتقال يتعلقان بالعين

لا بالملكيه، و تعرضنا لهذه الجهه فى بحث المعاطاه مفصلا.

و ثانيا: نسأل من أن المشترى قبل البيع من الثالث لو التفت الى العيب هل يكون له الرد أم لا؟ و لا سبيل الى الثانى، و على الاول هـل ترجع الملكيه الى البـائع أم لا؟ على الثانى يعود الاشـكال، و على الاول نقول: فعليه لا مانع من انتقال الملكيه من الثالث الى الثانى و منه الى الاول. هـذا ملخص ما أفاده و فيه: أولا ان المرسـله لا اعتبار بها، و ثانيا ان غايه ما يسـتفاد منها أن الخيار بالنسـبه الى الرد دائر مـدار امكان رد العين، و فى غير هذه الصوره لا تعرض للروايه بجواز الرد و عدمه، فلنا أن نلتزم بالخيار بواسـطه «۱» ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه السلام، فان الميزان المستفاد من هذه الروايه فى جواز الرد و عدمه احداث الحدث فى المبيع و عدمه، فالحق أن يقال: ان الخيار يسقط

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۶ من أبواب احكام الخيار، الحديث ۲.

...

بـالتلف الحقيقى، و أما فى غيره بأن ينتقل المبيع الى الغير بالبيع و أمثاله أو حجر المالك عن التصـرف فيه فلا وجه لسـقوط حق الرد، الا ان يقال: بأن العرف بمناسـبه الحكم و الموضوع يفهم أن اشتراط قيام العين بحالها مقـدمه لرد العين الى صاحبها، فلو لم يمكن الرد يسقط حق الرد.

ثم انه لو قلنا بأنه يسقط الرد بالانتقال الى الغير و لكن عادت بعد الانتقال، فهل يجوز رده أم لا.

اختار الشيخ عدم الجواز، و استدل عليه بالاصل. و الظاهر أن مراده بالاصل أصاله عدم حدوث الحق بعد سقوطه.

و أفاد الاستاذ بأن المستفاد من النص

أن شرط الفسخ و رد العين بقاءها بحالها حين الفسخ لا أزيد من هذا المقدار، فلو فرض أنه رجع المبيع الى المشترى الاول لا مانع من الرد لأنه حين الرد يكون على حاله و قائما بعينه، بل نقول:

بأنه لو حدث فيه حدث- بأن كسر رأس العبد ثم عاد الى ما كان أولا- يجوز رده.

و ما أفاده لا يمكن المساعده عليه، لأنه ليس المستفاد من روايه زراره إلا حق الرد بشرط عدم حدوث حدث، فلو أحدث حدثا فيه ينقلب الموضوع و لا وجه لرجوعه أى رجوع حق الرد كما أفاد الشيخ، و لا تصل النوبه الى الاصل العملى و هى أصاله عدم رجوع الحق بل لدلاله نفس الروايه مضافا الى دلاله قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و هذا الذى نقول ليس من جهه عدم العموم الزمانى كما فى كلام الاستاذ، فانا لا نفرق بين العام الاستغراقى و المجموعى فان العام محكم فى كلا المقامين بل من جهه أن المستفاد من النص أن حق الخيار دائر مدار عدم احداث حدث

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۱۴

قوله: الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشترى (۱).

و معه لا دليل على الخيار كما هو ظاهر.

و هذا فيما يكون الحدث تكوينيا ظاهر، و أما فيما يكون الحدث اعتباريا- كما لو انتقل الى الغير ثم رجع الى ملكه- فالامر أيضا كذلك. و بعباره أخرى: اما نلتزم بعدم سقوط حق الرد بالانتقال و أما نقول به، أما على الاول فلم يسقط كى يرجع و أما على الثانى فلا وجه لرجوعه لعدم الدليل. و الالتزام انه بنحو القضيه الحقيقيه كما فى كلام الاستاذ فلا يساعده الدليل، و ان كان أمرا ممكنا ثبوتا. و الحق سقوطه بالانتقال

فلا يرجع الاعلى الاحتمال الذى احتملنا من عدم سقوطه بانتقاله الى الغير حتى بانتقال غير قابل للرجوع.

بقى فى المقام شى ء، و هو: ان المستفاد من النص أن المانع لحق الرد احداث الحدث فى العين، فلو فرض حدوث حدث فيها بآفه سماويه و أمثالها فما حكمه؟

الحق أن يقال بعدم السقوط، فان الحكم تعبدى و لا بد من الالتزام به بقدر دلاله الدليل، و لا يدل الدليل أزيد من الحدث الذى يكون باحداث المشترى، و أما فى غيره فلا وجه لتسريه الحكم كما هو ظاهر.

[الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشترى]

اشاره

أقول: و فى المسأله صور ثلاث، و تفصيل ذلك: انه اذا أحدث العيب بعد العقد على المعيب: فاما أن يحدث العيب فى العين قبل القبض، و اما ان يحدث بعده فى زمان خيار يضمن فيه البائع المبيع، و اما أن يحدث بعد مضى الخيار فتكون المسائل ثلاثه:

(المسأله الاولى) حدث العيب فى المبيع قبل القبض،

اشاره

و يقع الكلام فى المسأله من جهتين:

الجهه الاولى- أن العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض كالعيب الموجود قبل العقد فى كونه موجبا للخيار أم لا.

اشاره

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۱۵

و هذه المسأله يبحث عنها فى المقام استدراكا.

الجهه الثانيه- أن العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض هل يسقط الخيار الحادث بالعيب القديم أم لا. و هذه المسأله هى التى عقدت المسأله لأجلها

فما يمكن أن يستدل به على كونه موجبا للخيار أمور:

الاول: الاجماع.

و فيه ما تقدم منا مرارا.

الثانى: النصوص الوارده فى المقام:

(منها) صحيحه بريد بن معاويه

عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجل اشترى من رجل عشره آلاف طن قصب فى أنبار بعضه على بعض من أجمه واحده و الانبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع قد بعتك من هذا القصب عشره آلاف طن فقال المشترى قد قبلت و اشتريت و رضيت، فأعطاه من ثمنه ألف درهم و وكل المشترى من يقبضه، فأصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون ألف طن و بقى عشره آلاف طن. فقال: العشره آلاف طن التى بقيت هى للمشترى و العشرون التى احترقت من مال البائع «۱».

(و منها) ما رواه عقبه بن خالد

عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجبه غير أنه ترک المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيک غدا إن شاء اللّه، فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرجه من بيته، فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه «۲».

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۹ من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب (۱۰) من ابواب الخيار، الحديث ۱.

(و منها) قوله «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»

«۱». تقريب الاستدلال بهذه الاخبار: أن المراد من كون التلف على البائع كون المبيع فى عهدته و كأن المعامله لا تتم الا بالقبض أو مضى زمان الخيار، و معنى كون الضمان عليه ان التلف أو النقص فى ملكه، و المراد بالضمان ضمان معامله لا ضمان يد، اذ المفروض أن يده ليست يد ضمان. و حاصل المعنى ان تلف المبيع كلا أو بعضا و كذا عيبه قبل القبض كالتلف و العيب قبل العقد، فكأنه وقع فى ملكه و لازمه الانفساخ كلا أو بعضا فى الاولين و ثبوت الخيار فى الاخير.

ان قلت: ان الاخبار لو كانت شامله لنقص الاوصاف لزم الحكم بالانفساخ فى صوره العيب كما فى صوره التلف، و الحال أن المطلوب اثبات الخيار.

قلت: المراد بالضمان ليس ضمان اليد، بل معناه ان عهدته على البائع، و معنى كون التلف فى عهده البائع أنه يفرض حدوث التلف أو النقص فى ملك البائع و يترتب على تلفها الانفساخ و على عيبها الخيار، و ليس هذا استعمال اللفظ فى المعنى المشترك، فان معنى الضمان أمر واحد و هو

كون التلف فى عهده البائع، و يؤخذ بلازم هذا فى كلا الموردين، فلا يلزم اختلاف معنى الضمان بالنسبه اليهما حتى يلزم استعمال اللفظ فى المعنيين.

و يؤيد ما ذكرنا قوله عليه السلام «و يصير المبيع للمشترى»، فيستفاد من هذا التعبير أن المال قبل القبض لم يصر مالا للمشترى. و ملخص الكلام أن المبيع ما لم يقبض يعتبر بقاؤه فى ملك بايعه، و يترتب عليه أنه لو تلف يكون البيع منفسخا بالنسبه و لو عاب ترتب عليه الخيار، و أيضا لازمه ثبوت الارش، و ان اختلف أقوال العلماء فيه، فذهب الى ثبوته جماعه منهم العلامه و الشهيدان،

---

(۱) المستدرک، الجزء ۲ الباب ۱۹ من ابواب الخيار.

...

كما أنه ذهب الى عدمه جماعه أخرى و منهم الشيخ و الحلى و كاشف الرموز.

و يرد عليه: أولا انه قد جمع فى مقام الاستدلال بين نصوص الباب و نصوص المسأله الآتيه و هى التلف فى زمان الخيار، و الحال أنه لا وجه للخلط بين البابين و النصوص الوارده فى المقام و ان كان بعضها ضعيفا سندا لكن فى المعتبر منها كفايه، لكن الموضوع فيها التلف و العيب لا يكون مصداقا للتلف، و حمل التلف على أظهر أفراده يحتاج الى قرينه.

و ثانيا- ان حصل التلف فى ملك البائع لا يلزم أن يكون من أول الامر، بل لنا أن نقول بأنه يدخل فى ملكه قبل التلف آنا ما، و التفصيل موكول الى محله.

فتحصل أن الدليل فى مقام الاثبات قاصر الا أن يقوم اجماع تعبدى كاشف و أنى لنا باثباته.

و أما الجهه الثانيه- من المسأله الاولى و هى أن حدوث العيب قبل القبض هل يوجب سقوط الخيار الثابت بالعيب الموجود قبل العقد أم لا؟

قال الشيخ قدس سره بأنه لا خلاف بينهم فى عدم كونه مانعا عن الرد بالعيب السابق.

و المستند ان كان الاجماع

فيرد فيه ما مر آنفا، و لكن الحق أنه غير مانع عن الرد على القاعده، اذ ما يتصور أن يكون وجها لكونه مانعا أمران: أحدهما عدم قيام العين بحالها، و ثانيهما أنه حدث فيه حدث. أما الاول فغير تام لان المدرك هى المرسله أى مرسله جميل، و من الظاهر عدم اعتبارها، و اما حدوث الحدث فقد مر منا أن الحدث الموجب للمنع عن الرد هو الحدث الذى أحدثه المشترى بمقتضى روايه زراره فلاحظ. و عليه لا وجه لكونه مانعا عن الرد بالعيب السابق.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۱۸

(و اما المسأله الثانيه) و هى ما لو كان حدوث الحدث فى المبيع يكون بعد العقد فى زمان الخيار الذى يكون التلف فيه على البائع،

اشاره

ففيها أيضا جهتان:

أما الجهه الاولى- ففى كون العيب الحادث سببا للخيار كالعيب السابق على العقد و عدمه،

فنقول: المدرك لهذا الحكم ان كان الاجماع ففيه ما فيه، و ان كان النصوص الداله على التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له منها ما رواه «۱» ابن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام، ففيه أن المستفاد من تلك النصوص أن العين لو تلفت فى زمن الخيار أو حدث فيه حدث يكون ضمانه على من لا خيار له، و هذا المقدار لا يقتضى أن يكون حدوث العيب موجبا لثبوت الخيار. و بعباره أخرى: لا يستفاد من تلك النصوص أن الشارع جعل حدوث العيب فى زمن الخيار كالعيب الحادث فى العين قبل العقد و نزل ما حدث فى زمن الخيار منزله العيب السابق فى جميع الآثار و الاحكام.

و أما الجهه الثانيه- و هى أن العيب الحادث فى زمن الخيار هل يكون مانعا عن الرد بالعيب السابق أم لا؟

فقد ظهر الحق مما ذكرناه آنفا. و حاصله عدم وجه فى كونه مسقطا لا من باب الاجماع فانه مخدوش، بل من باب أنه لا مقتضى للمانعيه، فان حدوث الحدث فى زمن الخيار فى عهده من ليس له الخيار، و هذا المقدار لا يوجب المانعيه. و من ناحيه اخرى لا يصدق على مطلق الحدث الحادث فى العين أن المشترى أحدثه و الموضوع للحكم هذا العنوان فلاحظ.

(و أما المسأله الثالثه) و هى ما لو حدث عيب فى العين بعد القبض و بعد مضى زمان الخيار،

اشاره

فيقع الكلام فيها بأن حدوث العيب هل يكون مانعا عن الرد

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب ۵ من ابواب الخيار، الحديث ۲.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۱۹

...

بالعيب السابق أم لا،

يقع البحث فی هذه المسأله فی مقامات:

المقام الاول: فيما يمكن أن يكون دليلا للمانعيه،

اشاره

و هو أمور:

منها مرسله جميل،

فان مقتضاها انه لو لم تبق العين بحالها لا يجوز ردها. و فيه أن المرسله لا اعتبار بها.

و منها: ما عن العلامه،

و حاصله ان الضرر المتوجه الى المشتری من قبل العيب السابق متدارک بخيار المشتری، و الضرر المتوجه الى البائع من قبل البيع الحادث يتدارک بجواز امساک البائع عن القبول. و بعباره أخرى: يقع التعارض بين الضررين.

و فيه: ان القاعده على ما سلكناه لا تدل الاعلى الحرمه التكليفيه، أما على مسلک القوم فلا يتوجه الضرر دائما، فان التغيير لو كان موجبا للعيب يجب على المشتری عند الرد دفع الارش للبائع فلا ضرر على البائع. مضافا الى أن دليل الخيار النص الخاص لا قاعده الضرر.

و أما ما أفاده الشيخ قدس سره من أنه بعد التعارض يرجع الى استصحاب الخيار. فيرد فيه: أولا ان الاستصحاب فی الحكم الكلی معارض بعدم جعل الزائد. و ثانيا انه لا تصل النوبه الى الاستصحاب، بل المحكم عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

(و منها) أنه مع العيب لا يصدق الرد.

و فيه انه لا شبهه فی صدق الرد، و انكاره مكابره.

(و منها) أن حدوث الحدث فی العين حيث أن المشتری ضامن له يكون مثل احداثه الحدث الموجب لإسقاط الخيار.

و فيه انه لا دليل علی هذا المدعی.

(و منها) الاجماع.

و فيه ما فيه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۲۰

...

فتحصل من جميع ما تقدم عدم ما يقتضی كونه موجبا لسقوط الخيار المسبب عن العيب السابق.

(المقام الثانی) فی أن الميزان و المناط للعيب الحادث المانع عن الرد ما هو؟

هل الميزان بمطلق التغيير أو التغير الحسی أو بأن يحدث فيه عيب أو غير ذلک. لا يخفی أن المدرک روايه زراره، و العنوان المذكور فيها الذی يكون مدارا للمانعيه احداث الحدث، أی يحدث المشتری فيه حدثا، فكلما صدق هذا العنوان يترتب الحكم، و مع عدم صدق هذا العنوان لا وجه للسقوط، و مع الاجمال أيضا يحكم ببقاء الخيار، لان المفروض أن هذا الخيار مع قطع النظر عن النص أمر عقلائی ارتكازی.

و لا يخفی أنه لو أحدث فی المبيع حدثا موجبا لزياده قيمته كالسمن فی الشاه فالظاهر أنه لا يوجب سقوط الخيار، فانه يصدق عليه احداث الحدث، لكن الدليل عن مثله منصرف بحسب الفهم العرفی. نعم لو كانت الزياده لا توجب الشركه و بعد الرد يكون المشتری ذا حق فی المبيع، لا يكون وجه للانصراف فيكون مانعا.

(المقام الثالث) لو زال العيب الحادث عند المشتری هل يجوز له الرد أم لا؟

الظاهر هو الثانی، لعدم الفرق فی سقوط الخيار بين بقاء الحادث و زواله.

و الميزان فی المسقطيه احداث الحدث الذی ذكر فی صحيحه زراره و عوده بزوال التغيير بعد سقوطه به يحتاج الی دليل. و أما

المذکور فی المرسله بأنها ترد اذا کانت قائمه بعینها فلا یعتمد علیها لإرسالها.

(المقام الرابع) لو رضی البائع برده مجبورا بالارش أو غیر مجبور هل یجوز له الرد أم لا؟

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۲۱

قوله: تنبیه ظاهر التذکره و الدروس أن من العیب المانع من الرد بالعیب القدیم تبعض الصفقه (۱).

أفاد الشیخ قدس سره بأن سقوط الرد لرعایه حق البائع و مع رضاه لا وجه لعدم الجواز، فان المقتضی للخیار موجود.

و فیه: ان الامر و ان کان کذلک لکن مقتضی النص سقوطه بحدوث العیب، و کما ذکرنا آنفا أنه لا وجه لثبوته بعد سقوطه، فلا یجوز الرد بالخیار بل یجوز بالاقاله.

ان قلت: دلیل المانعیه قاصر عن شمول هذه الصوره.

قلت: لا وجه لقصوره، فان مقتضی الاطلاق ان احداث الحدث یوجب سقوط الخیار، و ثبوته بلا سقوطه یحتاج الی دلیل مفقود فی المقام. نعم الاقاله لا مانع عنها، و الفرق العملی غیر ظاهر.

و لا یخفی أن ضمان البائع للمشتری ضمان معاوضی و ضمان المشتری ضمان الید، و الفرق بینهما أن فی غرامه البائع یلاحظ النسبه بین القیمه الواقعیه و بین الثمن المسمی، و فی غرامه المشتری یلاحظ القیمه الواقعیه، و لذا ربما لا بد أن یدفع مقدارا أزید من الثمن.

ثم ان البائع لو رضی برد المعیب مجبورا بالارش أو بلا ارش فهل یجوز أن یطالبه المشتری بالارش و لا یرضی بالرد؟ أفاد الشیخ فی المبسوط أنه لا یجوز، فان اخذ الارش یتوقف علی امکان الرد.

و فیه: انه بلا وجه، فان مقتضی ثبوت الارش مع احداث الحدث أن

يكون للمشترى أخذ الارش، أعم من أن يكون البائع راضيا بالرد أم لا.

[تنبيه ظاهر التذكره و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقه]

اشاره

أقول: الكلام يقع فى مواضع ثلاثه: الاول أن يكون التبعض فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۲

...

أحد العوضين، الثانى أن يكون فى البائع، الثالث أن يكون فى المشترى.

(أما الموضع الاول) و هو التبعض فى أحد العوضين

اشاره

فكما لو اشترى شيئا أو شيئين بثمن واحد من بايع واحد فظهر بعضه معيبا، الظاهر أنه لو كان المبيع واحدا حقيقه أو عرفا- كما لو اشترى عبدا أو دارا فانكشف أن بعض المبيع معيوب- لا- يجوز الرد بخصوصه، أعم من أن يكون مدرك الخيار النص أو الارتكاز العقلائى، لان مورد الخيار المبيع المعيوب لا- جزئه، كما أنه لو كان المبيع متعددا و لكل منهما قيمه معلومه و جمع بينهما فى الانشاء فانه يكون البيع فى المفروض متعددا فيجوز اعمال الخيار بالنسبه الى خصوص المعيب بلا شبهه.

و انما الكلام فيما اشترى شيئين ببيع واحد و ثمن واحد فظهر العيب فى أحدهما فهل يجوز اعمال الخيار بالنسبه الى خصوص المعيوب أم لا.

و ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه عدم جواز الرد أمور:

(منها) الاجماع.

و حاله معلوم.

(و منها) أنه لو كان المردود جزء مشاعا يلزم الشركه و ان كان جزء معينا يلزم تبعض الصفقه.

و فيه يرد: أولا انا لا نتصور رد المعيب فى الجزء المشاع، و ثانيا لا محذور فى تبعض الصفقه على البائع غير توهم الضرر، و من الظاهر أنه لا كليه له، اذ ربما لا يكون عليه ضرر.

و أفاد الايروانى بأن توجه الضرر لا يمنع عن الخيار، لأنه حكم وارد فى مورد الضرر، و دليل نفى الضرر لا يمنعه.

و فيه: انه انما يتم هذا البيان فيما يكون الخيار موردا للضرر، فانه فى مثله لا مجال لرفع الحكم بدليل لا ضرر، كما يكون الامر كذلك فيما وجب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۳

...

الجهار، و أما لو لم يكن كذلك فلا مانع من رفع اليد عن الاطلاق بدليل نفى الضرر. و الذى يهون الخطب أن دليل لا ضرر ليس ناظرا الى رفع الحكم، و مع الاغماض يترتب عليه أنه لو كان ضررا على البائع يجبر بالخيار. و بعباره أخرى: لو كان التبعض ضررا على البائع يمكن أن يعمل بالخيار.

ان قلت: ان غرض المشترى تعلق بابقاء الجزء الاخر، و اعمال الخيار من قبل البائع يكون ضررا على المشترى.

قلت: أولا ينقض بما لو اشترى حيوانا مع شى ء آخر فهل يجوز له اعمال خيار الحيوان. و ثانيا نقض الغرض الشخصى للمشترى لا يكون مناطا للضرر، فان الضرر من باب و نقض الغرض الشخصى من باب آخر. و ثالثا هذا الضرر ناشئ من فعل المشترى و لا يرتبط بالحكم الشرعى. و رابعا بعد تعارض الضررين يسقط قاعده لا ضرر و يبقى دليل الخيار بحاله، فيجوز له اعمال الخيار بالنسبه الى خصوص المعيب.

(و منها) أن المستفاد من النص أن الصبغ يمنع عن الرد،

و ليس وجهه الا حصول الشركه.

و فيه: ان الميزان بصدق احداث الحدث، و لذا لو كان الصبغ موجبا لنقصان القيمه

يكون مانعا عن الرد أيضا، فلا يكون المنع من جهه حدوث الشركه. مضافا الى أن الرد فى المقام لا يوجب الشركه بل يوجب التبعض.

(و منها) ان شرط رد المعيب ان يكون قائما بعينه.

و فيه: أولا أن مرسله جميل ضعيفه، و ثانيا انه لا شبهه فى المبيع بأنه باق و قائم بعينه كما هو ظاهر.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۴

(و منها) ما عن صاحب الجواهر، و هو أن الخيار حق واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه، و لا أقل من الشك

لعدم اطلاق موثوق به، و الاصل اللزوم.

و يرد فيه: أولا ان لازم ذلك عدم الجواز حتى مع رضى البائع، لان القصور من ناحيه المقتضى لا من جهه المانع. و ثانيا لا شبهه فى وحده حق الخيار و لم يقل احد أنه يجوز للمشترى ان يرد جزء المعيب. و أيضا لا يتوهم أحد بأنه يجوز له رد خصوص الصحيح، انما الكلام فى أن مركز الخيار مجموع ما وقع عليه العقد بحيث لا يجوز له رد خصوص المعيب أو مركز الخيار خصوص المعيب، و انما يجوز رد المجموع لعدم ترتب تبعض الصفقه او للإجماع أو لصدق المسبب على المجموع.

و الحق أنه يصدق المعيب على خصوص المعيب و اطلاق الدليل يشمله، فانه يصدق أنه اشترى شيئا معيبا و لا يكون هذا الكلام كذبا فيترتب عليه الخيار.

و مما يؤيد المدعى بل يدل عليه أنه يجوز رد المعيب مع رضى البائع بالاتفاق، و انما لم يجز رد خصوص المعيب بلا رضى البائع لأجل ترتب التبعض، فيعلم أنه لو لم يكن خصوص المعيب موردا للخيار لم يكن رده جائزا الا بالتفاسخ، و بالتفاسخ يجوز الرد حتى فى مورد خصوص الجزء الصحيح كما هو ظاهر.

(و أما الموضع الثانى) و هو ما لو تعدد البائع فلا خلاف فى جواز التفريق،

و لو اشترى اثنان من اثنين يدخل فى المسأله الثالثه، و هو الموضع الثالث من البحث.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۵

(و أما الموضع الثالث) و هو ما لو اشترى شيئا من ثالث فانكشف أنه معيب هل يجوز أن يرد أحدهما حقه بخيار العيب أم لا،

و قبل بيان الحال لا بد من التنبيه على أمر،

و هو أنه لو تعدد العقد- كما لو باع البائع نصف العين من زيد و فى ذلك الحال باع وكيله النصف الاخر من بكر- لا شبهه فى ثبوت الخيار لكل من الشريكين، كما أنه لو باع نصف داره من زيد بثمن معين و نصفها الاخر من بكر كذلك، و فى مقام الانشاء انشأ كلا البيعين بانشاء واحد يكون لكلا المشتريين الخيار، اذ لا يرتبط أحدهما بالاخر، انما الاشكال فيما يكون العقد واحدا واردا على شى ء واحد بثمن واحد.

و ما يمكن أن يقال فى وجه المنع أمور:

(منها) أنه لو تفرد أحدهما بالرد لا يكون البيع قائما بعينه.

و فيه: أولا- ان مدرك هذا الحكم ضعيف للإرسال. و ثانيا ان المستفاد من الروايه أن المبيع بعد انتقاله الى المشترى يلزم أن يكون قائما بعينه الى زمان الرد، و هو كذلك و يصدق عليه هذا العنوان فانه قائم بعينه.

و الحاصل ان الميزان فى ثبوت الخيار بقاء العين على نحو تلقاه من البائع و المفروض أنه كذلك و ليس الميزان بأن يرجع الى ملك البائع على نحو خرج من ملكه.

(و منها) ان الانفراد بالرد يوجب الضرر بالنسبه الى البائع.

و فيه: أولا يلزم عدم الخيار حتى فى صوره تعدد العقد، فانه لا فرق فى توجه الضرر فى الصورتين. و ثانيا يمكن أن يتصور عدم توجه الضرر. و ثالثا يتعارض ضرره مع ضرر المشترى، فانه يتضرر بالصبر على المبيع. و رابعا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۶

قوله: مسأله يسقط الارش دون الرد فى موضعين (١).

ان البائع أقدم على الضرر، فانه بمقتضى الارتكاز العقلائى التزم بأنه فى صوره العيب يقبل رد المبيع، و عليه لا فرق بين علم البائع بالتنقيص و عدمه.

(و منها) أن دليل الخيار منصرف عن المقام.

و فيه: أولا- انه لا- وجه للانصراف، لان غايته قله وجوده، و هى لا توجب الانصراف. و ثانيا انه بناء عليه لا بد من الالتزام بعدم الخيار حتى لمجموع الشريكين.

(و منها) أنه خيار واحد قائم بمتعدد،

فليس لكل منهما الاستقلال باعماله.

و فيه: ان الميزان بصدق عنوان أخذ فى دليل الخيار، فان المأخوذ فيه قوله عليه السلام «من اشترى شيئا و به عيب أو عوار»، فاذا صدق هذا العنوان يترتب عليه حكم الخيار بلا كلام.

و ملخص الكلام ان اثبات أن الخيار أمر واحد قائم بمتعدد فلا يجوز الانفراد بالاعمال يحتاج الى الدليل، بل الميزان بصدق موضوع الخيار، و هذا العنوان يصدق على كل منهما، بلا فرق بين أن يكون القبول واحدا أو متعددا، بل الحكم فى المقام أظهر من خيار الحيوان فيما لو اشتراه شريكان، فان نصف الحيوان لا يصدق عليه الحيوان بخلاف المقام.

[مسأله يسقط الأرش دون الرد فى موضعين]

[الأول- إذا اشترى ربويا بجنسه نظهر عيب فى أحدهما فلا أرش حذرا من الربا.]

أقول: أفاد المصنف بأن الارش يسقط فى موضعين:

الاول- اذا اشترى ربويا بجنسه نظهر عيب فى أحدهما فلا أرش حذرا من الربا. و يقرب ذلك بوجهين: الاول ما قربه الشيخ قدس سره بأن المستفاد من أدله تحريم الربا أن وصف الصحه فى أحد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقده استحقاق عوض، فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سببا لاستحقاق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۷

...

أحدهما على الاخر زائدا على ما يساوى الجنس الاخر، فتشمله أدله حرمه الاخذ بالتفاضل.

و يرد عليه: ان ما ذكره مبتنى على ان تكون الغرامه فى إزاء صفه الصحه و الحال أنه ليس كذلك.

و الذى يدل على أن الارش ليس فى مقابل وصف الصحه أن المشترى لو كان جاهلا بالعيب أو كان جاهلا بحكم الارش و لم يطالب البائع بالارش لم يجب على البائع شى ء على ذمته، فان ما أخذ فى مقابل الصحه غرامه شرعيه حكم بها الشارع.

الثانى- ما أفاده صاحب الكفايه فى حاشيته على المكاسب

أن المستفاد من أدله تحريم الربا أنه كما لا يجوز الزياده فى الربويين من ابتداء البيع كذلك لا يجوز فى حال استقراره و لزومه، فيكون حال الزياده كحال زياده الشرط فى طرف أحد الربويين، و لازمه عدم جواز أخذ الارش بعد العلم بالعيب.

و فيه: أولا ان ظاهر الادله حرمه الربا حدوثا فلا تشمله بقاء. و ثانيا ان الوفاء على العقد يترتب على البيع، فلا بد أن يكون صحيحا

فى رتبته السابقه حتى يترتب عليه وجوب الوفاء. و ثالثا ان وجوب الوفاء و الالتزام لا ربط له بأخذ الارش و عدمه، و لذا لو لم يقدر على رد المعيوب فلا بد أن يلتزم بالعقد سواء أخذ الارش أم لا.

و الحاصل ان الارش حكم شرعى لا

يوجب الربا، فمن ذهب الى كون الارش و الرد فى الرتبه الواحده يلتزم ببقاء الارش اذا لم يمكن الرد.

الثانى- العيب الذى لا يكون موجبا لنقص القيمه، و قد مثلوا له بالخصاء فى العبد، فانه عيب و لا يوجب نقصا فى القيمه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۸

قوله: مسأله يسقط الرد و الارش معا بامور (۱).

و أورد عليه المصنف: بأن الميزان فى القيمه الاغراض العرفيه و ان كانت فاسده عند الشرع، و من الظاهر أن جمله من الناس يرغبون فى العبد الخصى لأغراضهم الفاسده. و الحاصل ان العيب لو لم يكن نقصا للقيمه لا يوجب الارش.

لكن يرد عليه: انه لو قلنا بأن العيب الموضوع للخيار هو العيب الموجب لنقص القيمه فلا يكون غير المنقص موجبا للرد أيضا فلا موضوع لهذا البحث.

[مسأله يسقط الرد و الأرش معا بأمور]

[الأول العلم بالعيب قبل العقد]

أقول: الاول العلم بالعيب قبل العقد، و ادعى الشيخ أنه بلا خلاف و لا أشكال. و بعباره أخرى: يشترط فى تحقق الخيار جهل المشترى بالعيب، و الدليل عليه أن الخيار المستفاد من الدليل رتب على صوره الجهل، فلاحظ روايه زراره و فيها قال عليه السلام «من اشترى شيئا و لم يتبرء اليه و لم يتبين له» الخ، فموضوع الخيار غير العالم بالعيب.

و قد يستدل للمدعى بمفهوم روايه زراره، و المستدل صاحب الجواهر، و أفاد المصنف بقوله: و فيه نظر. ربما يورد على المصنف بأن الوصف و ان لم يكن له مفهوم و لكن فى المقام خصوصيه تقتضى الدلاله بالمفهوم.

و توضيح الحال: ان الوصف و ان لم يكن دالا مفهوما لما ثبت فى الاصول من عدم المفهوم للوصف، و لكن هذا فيما لا يكون المتكلم فى مقام بيان الكبرى الكليه و الا يكون الوصف دالا مفهوما

و فی المقام انه علیه السلام فی مقام بیان ضابطه کلیه، فطبعا یدل الکلام علی المفهوم و الا یلزم لغویه الضابطه.

و ربما یورد علیه بأنه لا وجه لعدم دلاله الشرطیه علی المفهوم، فان المقام لیس داخلا فیما لا تکون الشرطیه داله علی المفهوم.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۲۹

...

و توضیح الحال: ان الشرط المذکور فی القضیه الشرطیه علی أقسام: فان الشرط تاره لا یکون دخیلا فی ترتب الجزاء بحسب الخارج و الواقع کما قوله «ان جاءک زید اکرمه» فان مجی ء زید لا یکون دخیلا فی تحقق الاکرام خارجا اذ یمکن الاکرام و لو مع عدم مجیئه. و أخری یکون دخیلا فی ترتب الجزاء خارجا، بحیث لو لم یتحقق لا یمکن ترتب الجزاء، کما فی قوله «اذا رکب الامیر فخذ رکابه». و ثالثه مرکب من أمرین کقوله «اذا رکب الامیر و کان یوم السبت فخذ رکابه» فان أخذ الرکاب بالنسبه الی الرکوب من قبیل الثانی و بالنسبه الی یوم السبت من قبیل الاول.

و الشرط فی المقام من قبیل القسم الثالث، فان الخیار بالنسبه الی الاشتراء من قبیل الثانی و بالنسبه الی العلم من قبیل الاول، فلا وجه للنظر فی الشرطیه بأنها مسوقه لبیان الموضوع و لا مفهوم له.

و لکن المحتمل بل الظاهر أن نظر المصنف فی الاستدلال لیس من هذه الجهه، کیف و هو بعد سطر یستدل بالمفهوم، بل یمکن أن یکون الوجه أمرا آخر و هو أن البیان من طرف البائع له موضوعیه و مع عدمه یتحقق الخیار حتی مع العلم بالعیب، و لا أقل من احتمال الموضوعیه.

لکن الحق عدم ورود الاشکال علی صاحب الجواهر، لأنه قد ذکرنا مرارا أن أخذ هذه المفاهیم فی الدلیل

يفهم منه العرف الطريقيه و يستفيد أن المناط هو العلم خصوصا فى المقام، اذ «عبر» بصيغه المجهول، فانه لو كان التعبير بصيغه المعلوم لكان لاحتمال الموضوعيه وجه، و أما مع كون التعبير بصيغه المجهول فليس لهذا الاحتمال مجال، فالحق مع صاحب الجواهر.

قمّى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ۲ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ۴، ص: ۳۳۰

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۳۰

...

فلو شرط مع العلم خيار العيب الذى له أحكام خاصه فاختار صاحب الجواهر قدس سره الصحه و الشيخ فساد الشرط و العقد، و لا بد من التكلم أولا فى فساد الشرط و عدمه، و ثانيا فى افساده للعقد و عدمه.

فنقول هذا النحو من الاشتراط يتصور بنحوين: الاول أن يشترط تحقق هذا الحكم الخاص بلا جعل من المتعاقدين، الثانى أن يشترط بجعل منهما.

فان كان على النحو الاول يكون باطلا. لان الشرط ليس مشرعا و لا يمكن جعل الحكم الشرعى بالشرط، و هذا ظاهر. و من البعيد كله أن اراد صاحب الجواهر من كلامه هذا الفرض. و ان كان على النحو الثانى فالظاهر جوازه، فانه لا مانع منه و ليس فيه مخالفه للشرع، فان المستفاد من الدليل أن ترتب الخيار بهذا النحو فى هذه الصوره و ينفى الخيار الخاص فى صوره العلم، لكن لا يدل على أنه لو التزما باختيارهما و جعلا أمرا خاصا على عهدتهما يكون باطلا فلا مقتضى للفساد بل المقتضى للصحه تام.

هذا تمام الكلام فى فساد الشرط و عدمه، و ظهر أن الحق صحته، و أما افساده على تقدير فساده فهو مبنى على ذلك البحث. و الحق أنه لا يوجب فساد العقد

کما سیجی ء.

(الثانی) مما یوجب سقوط الرد و الارش معا تبری البائع عن العیوب،

و ما یمکن أن یستدل به أمور:

(منها) الاجماع،

فانه ادعی علیه اجمالا، و لکن الاجماع فیه ما فیه.

(و منها) ان العقد بحسب القاعده الاولیه لازم، فانه یجب الوفاء به،

و انما تخرج عن القاعده للارتکاز العقلائی، و من الظاهر أنه مع التبری لا یبقی مجال

...

للتمسک بالارتکاز کما هو ظاهر. و لکن العمده ملاحظه النص، فان المیزان مقدار ما یستفاد منه.

(و منها) النصان الواردان فی المقام:

أحدهما ما رواه «۱» زراره عن أبی جعفر علیه السلام، فانه اشترط فیها تحقق الخیار بعدم تبری البائع فلاحظ. ثانیهما مکاتبه جعفر بن عیسی «۲»، فان دلالتها علی المدعی لا ینکر، لکن سندها مخدوش بجعفر بن عیسی، اذ أن الرجل لم یوثق، و المدح الذی یرویه الکشی فی حقه لا یدل علی وثاقته، بل یستفاد من تلک الروایه أنه وقع مورد اعتراض أبی الحسن علیه السلام. فلاحظ جامع الرواه ج ۱ ص ۱۵۵.

ثم انه لا فرق بین التبری الإجمالی و التفصیلی، فان اطلاق روایه زراره یقتضی عدم الفرق. هذا کله فی التبری عن العیوب الموجوده حال العقد، و ربما یقال بأن التبری من العیب قد یجتمع مع الغرر فی البیع، و هو فیما لا یکون للمشتری طریق الی احراز صحه العقد فیکون البیع باطلا بالغرر.

ان قلت: مقتضی اطلاق روایه زراره صحته.

قلت: شمول الروایه لمورد الغرر یکون بالاطلاق لا بالنصوصیه کی یخصص به دلیل بطلان الغرر. و یجاب عن هذا التوهم بأنه لو

قلنا بأن أصاله السلامه أصل معتبر تدل على سلامه المبيع فلا غرر، كما أنه لو قلنا بأن المستفاد من روايه زراره بحسب الفهم العرفی أن هذا الدليل ناظر الى دليل نفی الغرر فلا اشكال أيضا لتقدم الحاكم على المحكوم، و أما لو لم نقل بالحكومه نقول:

يقع التعارض بين دليل نفی الغرر و بين هذه الروايه بالعموم من وجه، و بعد التعارض و التساقط تصل النوبه الى

الاخذ باطلاق أدله صحه البيع.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب ۱۶ من ابواب الخيار، الحديث ۲.

(۲) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب ۸ من ابواب احكام العيوب، الحديث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۳۲

...

و أما العيوب المتجدده فأفاد المصنف أنه يصح البراءه من تلك العيوب بمقتضى دلاله «المؤمنون عند شروطهم».

و ربما يشكل بأنه من اسقاط ما لم يجب. لكن فيه ما مر من أنه ليس عليه دليل، و القدر المعلوم من الاجماع غير هذا المورد، لكن الاشكال كما ذكرنا سابقا من ناحيه عدم الدليل على جواز اسقاط الحق الذى يتحقق بعد ذلك، و لكن الحق ان التبرى يرجع الى عدم اشتراط الخيار، و هذا ليس اسقاطا للحق.

ان قلت: يلزم منه الغرر.

قلت: ان العيب الحادث فى المبيع بعد العقد لا يوجب الغرر.

ان قلت: العيب الحادث فى زمان الخيار يوجب الخيار فيعود محذور اسقاط ما لم يجب.

قلت: على فرض تماميه هذا المطلب و ثبوت الخيار بمثله يدخل تحت دليل صحه التبرى.

ثم ان المصنف أفاد بأن البراءه فى المقام يحتمل فيها معان، و ذكر ثلاثه معان: عهده العيوب، ضمان العيب، حكم العيب. و الحق أن البراءه المستفاده من الدليل معناها عدم تعهد البائع بشى ء من قبول الفسخ و أداء الارش، و هذا هو الصحيح، و اما البراءه عن عهده العيب فيمكن أن يرد فيه بأن العيب أمر تكوينى و ليس متعلق عهده البائع، كما أن البراءه من الحكم لا معنى له، فان الحكم أمره بيد الشارع. نعم ضمان العيب معناه تعهد ادائه و البراءه منه عدم التعهد.

ثم ان التبرى هل يكون مؤثرا فى سقوط بقيه الآثار ككون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له بحيث لو مات الحيوان بالعيب

الموجود فى المبيع و كان

قوله: ثم ان هنا امورا يظهر من بعض الاصحاب سقوط الرد و الارش بها (۱).

فى زمان خيار الحيوان للمشترى فهل يكون على البائع أو يسقط. و التحقيق أن يقال: اما يقصد المتبرى بالتبرى سقوط تلك الحقوق و اما لا يقصد، أما على تقدير عدم القصد فلا مقتضى للسقوط، و أما على تقدير القصد فأفاد الاستاذ بأن سقوطه فى هذا الفرض مبنى على كون تلك الامور من الحقوق القابله للرد أو من الاحكام غير القابل للرد.

و فيه: ان الكلام فى تبرى البائع، و البائع من عليه الحق لا من له الحق، فكيف يسقط. مضافا الى أنه يدخل فى بحث اسقاط ما لم يجب، بل الظاهر كما أفاده الشيخ أن مقتضى دليل ضمان تلك الامور بقاء الضمان بحاله، و لا وجه لسقوطها.

[ثم إن هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرش بها]

اشاره

أقول: ثم ان الشيخ أفاد بأنه يظهر من بعض سقوط الرد و الارش بأمور:

(منها) زوال العيب قبل العلم به،

كما صرح به فى غير موضع من التذكره.

و قال الشيخ قدس سره بأن الظاهر هو التفصيل بين الارش و الرد بالسقوط فى الثانى دون الاول، و ذلك لان العيب مع زواله و عدم بقائه لا يكون المشترى متصرفا فيه فلا وجه للرد. و أما الارش فهو غرريه حاصله من العيب الموجود فى المبيع و براءه ذمه المالك عنه بلا وجه لو لم يكن اجماع. و التحقيق ان يقال بعدم الفرق بين الارش و الرد، فان المدرك كما مر النص الخاص أو قاعده نفى الضرر، و مقتضى النص عدم الفرق بين الصورتين، و أما قاعده ان الزائد العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد ليس تحته شى ء و لا ينطبق على برهان، فالعمده ظواهر الادله، و مقتضاها عدم سقوط شى ء من الامرين. لاحظ روايه «۱» زراره،

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۲ الباب ۶ من ابواب الخيار الحديث ۲.

...

فان المستفاد منها أن المبيع اذا كان به عيب للمشترى أن يرد، أعم من أن يزول، أو لا ـ يزول، و يؤكده أن مقتضى الارتكاز العقلائى هو الخيار مع العيب و البقاء ليس شرطا لجعل الخيار.

و لو فرض الشك فهل يجرى استصحاب الخيار؟ الظاهر لا، لا لعدم بقاء الموضوع، فان الموضوع المستفاد من الروايه باق، بل لان المرجع عند الشك عموم وجوب الوفاء، مضافا الى أن الاستصحاب فى المقام يعارضه استصحاب عدم الجعل فى المقدار الزائد. نعم مقتضى عدم الانتقال الى الغير موافق لعدم الخيار.

(و منها) التصرف بعد العلم بالعيب.

و ما يمكن أن يكون وجها لهذا المدعى أمران:

أحدهما- ان التصرف رضاء به و فيه: ان التصرف أعم من الرضا، فانه ربما يتصرف الشخص و لا يقصد الاسقاط.

ثانيهما- ان النص

الدال على جواز أخذ الارش مختص بالتصرف الذى يكون قبل العلم.

و فيه: انه ليس الامر كذلك، بل مطلق من هذه الجهه كروايه «۱» ابن سنان عن ابى عبد اللّه عليه السلام، فان مقتضى هذه الروايه سقوط الرد بالوطى و ثبوت الارش ان كان فى الامه عيب، أعم من أن يكون الوطى قبل العلم بالعيب أو بعده.

و ملخص الكلام فى المقام: انه لا وجه للسقوط على طبق الموازين الاوليه،

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۲ الباب ۴ من احكام العيوب الحديث ۱.

...

فانه ما دام لم يسقط ذو الحق حقه لا يسقط حقه، و أما الاستناد الى ما ورد فى سقوط خيار الحيوان بالنص فقد مر أنه حكم تعبدى وارد فى مورد خاص.

و أما النصوص الوارده فى المقام فالمستفاد منها أن احداث الحدث يوجب سقوط الرد، و أما الارش فلا دليل على سقوطه بالتصرف بعد العلم، بل النصوص اما ساكته من هذه الجهه و اما تدل باطلاقها على بقاء حق الارش كما ذكرنا.

و ربما يقال: انه لا وجه لضم مسقط الى مسقط آخر وعده مسقطا مستقلا.

و لكن يمكن رفع الاشكال بأن ظاهر ما يدل على سقوط الخيار بالتصرف اختصاصه بمورد لو لم يرد يأخذ الارش، و من ناحيه أخرى ان مقتضى دليل لا ضرر تحقق الخيار للمشترى، لأنه لو لم يأخذ الارش و لم يكن له حق الرد يتوجه اليه الضرر.

و أفاد الاستاذ بأنه ما المراد من الضرر، فانه لو كان المراد منه الضرر المالى فالمفروض أنه ليس ضررا ماليا، و ان كان المراد أنه خلاف الغرض الشخصى فهو و ان كان كذلك لكن الدليل الدال على سقوط الخيار بالتصرف يكون مخصصا لقاعده نفى

الضرر.

و التحقيق أن يقال: ان التصرف ان لم يكن احداثا لحدث فى المبيع و لم يقصد به الاسقاط فلا وجه للسقوط، و ان قصد به الاسقاط فلا مجال لهذا الاستدلال و ان كان مصداقا لإحداث الحدث فان قلنا بأن قاعده نفى الضرر ليس من شأنها اثبات الخيار فالامر ظاهر، و ان لم نقل بذلك فليس ما أفاده الاستاذ على ما ينبغى، لان احداث الحدث لو منع من الرد و يكون الامساك ضرريا لا مانع من التمسك بالقاعده، اذ لو فرض أنه قد يتوجه الضرر و قد لا يتوجه تكون القاعده رافعه للضرر فيما يكون ضرريا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۳۶

...

الا أنه يقال: هذا خلف، فانه لو فرض أن تخلف الغرض الشخصى ضرر يكون الحكم بعدم الرد واردا فى مورد الضرر، و لا مجال لرفعه بالقاعده، اذ القاعده وارده فى مورد الضرر. و الذى يسهل الخطب أن تخلف الغرض الشخصى ليس ضررا فلا تشمله القاعده.

(و منها) حدوث عيب فى المعيب بعيب غير موجب لنقصان القيمه.

أفاد الشيخ قدس سره بأنه يشكل الحكم بسقوط الرد، لان المشترى يتضرر بامساك المعيب، و النص الدال على سقوط الرد بحدوث العيب يدل على سقوطه فيما يكون الرد موجبا للأرش، و فى المقام لا أرش، و لو فرض التعارض بين ضرر المشترى مع ضرر البائع بالصبر على المعيب بالعيب الجديد يكون المرجع أصاله جواز الرد، فالقاعده تقتضى جواز الرد، الا أن يمنع عنه الاجماع، و هو غير متحقق فى المقام، بل المفيد مخالف فى أصل المسأله.

و فيما أفاده قدس سره مواقع للنظر:

الاول- ان ما أفاده من أن المستفاد من النص أن سقوط الرد فيما يكون الارش ثابتا، فانه يرد عليه أولا أنه يستفاد من النص الوارد فى المقام كروايه زراره

أمران: أحدهما سقوط الرد بحدوث حدث فى المبيع، و ثانيهما ثبوت ما به التفاوت بعنوان الغرامه على البائع. و أما الارتباط بين الامرين بحيث يكون سقوط الرد مشروطا بثبوت الارش فلا يستفاد فلاحظ، فلو فرض عدم نقص بواسطه العيب الموجود فلا موضوع للأرش كما هو ظاهر.

و ثانيا- انه لا دليل على الرد الا النص الدال على الخيار على النحو الخاص و فيما لا يكون العيب موجبا للنقص، فلا دليل على الخيار.

و بعباره اخرى: المستفاد من النص الوارد فى المقام أمور ثلاثه: ثبوت الرد بالعيب السابق، و سقوط الرد بحدوث الحدث، و ثبوت الارش. و هذه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۳۷

...

الامور مرتبط بعضها ببعضها الاخر، فلو قطع النظر عن النص الدال على الخيار بهذا النحو فليس لنا نص دال على ثبوت الخيار، و القاعده الاوليه تقتضى اللزوم الا أن يتمسک بالشرط الارتکازى، و هو غير خيار العيب الثابت بالتعبد.

و أما حمل النص على الغالب، اذ الغالب فى العيب أن يكون موجبا للنقص فلا ينفى الخيار من الفرد النادر كما فى كلام الاستاذ. فغير سديد، اذ لو سلمنا كون النص ناظرا الى الغالب لا يكون للخيار فى الفرد النادر دليل.

الثانى- انه لا موقع للتمسک بحديث نفى الضرر، فانه على فرض دلالته على مذهب المشهور انما يشمل موردا يكون فيه ضرر، و المفروض أنه ليس فيه ضرر مالى، و أما الضرر الغير المالى- أى عدم ترتب نظر المشترى- فهو أمر مشترک بين جميع موارد السقوط، و حيث ان الدليل الدال على سقوط الرد ورد فى مورد الضرر لا مجال للتمسک بحديث نفى الضرر.

الثالث- أنه بعد تعارض الضررين لا تصل النوبه الى أصاله جواز الرد، فانه ان كان

لـدليل الرد اطلاـق يشـمل المقـام فهو و الاـ المرجع عموم وجوب الوفـاء بالعقـد، فـانه لاـ تصـل النوبه الى الاصـل ما دام الاماره موجوده.

و الحق فى المقـام أن يقـال: انه لو كـان الحـدث الحـادث فى المعيب بفعل المشترى يكون الرد ساقطا و لا أرش، لان المفروض عـدم نقصـان فى القيمه، و ان لم يكن بفعله يكون الرد جـائزا غـايه الامر يكون المشترى ضامنا للنقص الحاصل فيه حيث أنه فى ضمانه.

(و منها) ثبوت احدى مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز أخذ الارش فيه لأجل الربا،

و المقصود من المانعين التصرف و حدوث العيب فى العين،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۳۸

...

و الكلام يقع تاره فيما يقتضى الحق و أخرى فيما أفاده الشيخ قدس سره و ثالثه استظهار مراد العلامه من كلامه.

أما الحق فى المقام كما ذكرنا سابقا ان أخـذ الارش لا يرتبط بالربا فانه غرامه شـرعيه و ليس داخلا تحت العنوان المحرم، و عليه لو سقط الرد تصل النوبه الى اخذ الارش بلا اشكال.

و أما الشـيخ قـدس سره فقـد أفاد بأن المشترى لما أقـدم على المعامله الربويه فقـد أقـدم على اسـقاط أخذ الارش، فاذا تصـرف خصوصا بعد العلم بالعيب تصرفا دالا على الرضا بفاقد الوصف لزم العقد.

و يرد عليه: ان الحكم الشـرعى كـذلك أول الكلام، و ثانيا لا يصدق الاقدام الا مع العلم بالحكم الشـرعى، و ثالثا التصـرف أعم من الرضا كما مر، و رابعا قد مر أن الرد يسقط فيما يثبت الارش فما أفاده غير تام.

ثم انه لو تنزلنا و قلنا بأن الارش لا يجوز أخذه للزوم الربا و قلنا بأن الرد يسقط و لو مع عدم الارش، فهل يمكن منع الرد بحديث نفى الضرر أم لا؟

ربما يقال: بأنه يمكن، اذ المفروض أنه توجه الى المشترى ضرر مالى غير قابل

للتدارك، فيجوز أن يدفع سقوط الرد بحديث لا ضرر. و لكن يرد عليه:

ان الضرر حصل بالمعامله و الخيار يتدارك بالضرر و حديث لا ضرر ينفى الضرر لا أنه يوجب التدارك.

و هذا فى المانع الاول و هو التصرف، و أما المانع الثانى- أى حدوث الحدث- فقد أفاد الشيخ بأنه لو قلنا بأن الرد يسقط حتى فيما لا يجوز أخذ الارش فيوجب سقوط الرد و الا فلا. و قد ظهر مما ذكرنا أن مقتضى القاعده المستفاده من روايه زراره أن الحدث لو كان بفعله يسقط الرد و لو لم نقل بجواز

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۳۹

...

أخذ الارش، و قد عرفت أنه يجوز أخذ الارش لعدم الربا و ان لم يكن بفعل المشترى فلا مقتضى للسقوط.

و أما العلامه فقد ذكر فى التذكره وجها آخر لعدم جواز الرد، و هو انه اما يرد بلا زياده للنقص الحاصل و اما أن يرد مع شى ء بدل عن الفائت، أما على الاول فيلزم ضرر البائع و أما على الثانى فيلزم الربا، لان المردود حينئذ يزيد على وزن عوضه.

و أفاد الشيخ فى ذيل كلام العلامه و توجيه مقالته: بأن رد المعيب حيث أنه بفسخ المعاوضه- و مقتضى المعاوضه فى المقام ان لا يحصل شى ء فى مقابل وصف الصحه- وجب رد العوض بلا زياده، و لذا يبطل التقايل مع اشتراط الزياده و النقيصه. و مراد العلامه بلزوم الربا اما فى العقد و اما فى الفسخ، و الاولى الاول.

هذا ملخص كلام الشيخ.

و يرد فيه: ان ظاهر كلام العلامه هو الثانى حيث قال: ان المردود يزيد وزنه مضافا الى أنه لا معنى لجعل العقد ربويا، فانه وقع غرريا، و الشى ء لا ينقلب عما هو عليه،

فمراد العلامه لزوم الربا فى الفسخ. و هو أيضا غير صحيح، فان الفسخ لا يكون معاوضه بل حل للعقد، و على فرض كونه معاوضه فانما يكون فيما تقايلا، اذ هو برضى الطرفين فيشبه المعاوضه. و على فرض التنزل لا يكون الارش عوضا حتى يلزم الربا بل هو غرامه شرعيه لا يرتبط بالعوض.

و أما ما أفاده الشيخ من الفرق بين وصف الصحه فى الربويين و غيرهما فليس كذلك، فان وصف الصحه لا يقابل بالمال مطلقا، بل وصف الصحه دخيل فى زياده قيمه العين.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۰

...

و محصل الكلام فى المقام: انه لا مانع من أخذ الارش، فانه ليس إلا غرامه شرعيه، و لا يرتبط بمسأله الربا، و ان ضمان المشترى للعيب الحادث ليس ضمانا معاوضيا بل ضمان يد، و لا ينافى كون العين ملكا للمشترى، كما أن تلف العين فى ملكه و مع ذلك لو فسخ يكون ضمان العين ضمان اليد لا ضمان المعاوضه و أما نسيان الكتابه فأيضا بحسب القاعده يوجب الضمان لكون اليد يد ضمان الا أن يقوم اجماع تعبدى على خلافه.

و مما ذكر ظهر ما فى كلام المصنف من الفرق بين المقام و بين المقبوض بالسوم بأن التلف فى الثانى يكون من مالكه و فى المقام يكون التلف فى ملك المشترى فلا يقاس أحد المقامين بالاخر. فان ما أفاده غير تام، اذ مقتضى الضمان بعد الفسخ أن يعتبر ملكا لمالكه ثم تلفه فيكون مثل المقبوض بالسوم.

(و منها) التأخير بمقتضى الخيار،

و ما ذكر فى وجه السقوط به أمران: أحدهما أن عدم اعمال الخيار اسقاط له، ثانيهما أنه لا دليل على التراخى، و مقتضى وجوب الوفاء بالعقد الاقتصار على القدر المتيقن.

و الذى يقتضيه التحقيق أن

يقال: ان مجرد عدم اعمال الخيار لا يقتضى سقوطه، و أما الاقتصار على القدر المتيقن و الاخذ بالعام فيما زاد و فيما شك ان كان صحيحا فانه لا تصل النوبه الى استصحاب حكم الخاص مع وجود العام، لكن نقول: مقتضى دليل الخيار بقاؤه متراخيا، و مقتضاه عدم السقوط الا أن يتحقق أحد المسقطات. نعم لو لم يستفد الاطلاق من دليل الخيار لا بد من الحكم باللزوم لوجوب الوفاء بالعقد، و أما الاجماع التعبدى فلا يتحقق، و على فرض التنزل و الالتزام بسقوط الرد بالتأخير فلا وجه لسقوط الارش.

و لا يخفى أن مسأله الغش من حيث حكمه التكليفى و الوضعى قد مرت

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۱

قوله: مسائل فى اختلاف المتبايعين (۱).

فى المكاسب المحرمه، فلا وجه لإعادتها، و لذا نرسل عنان الكلام الى التكلم فى مسائل الدعاوى و اختلاف المتبايعين.

[مسائل فى اختلاف المتبايعين]

اشاره

أقول: الكلام فيه يقع تاره فى موجب الخيار و أخرى فى مسقطه و ثالثه فى الفسخ،

أما الاول [الاختلاف فى موجب الخيار]

اشاره

ففيه مسائل:

(الأولى) لو اختلفا فى أصل العيب و عدمه و لم يمكن تبين الحال لتلف أو غيره،

فالقول قول منكره مع يمينه. و الوجه فيه ظاهر و لا يحتاج الى البحث فانه بحسب الطبع الاولى المدعى للخيار هو المشترى و عليه اقامه البينه، و المفروض عدم امكانها.

(الثانيه) انه لو اختلفا فى كون الشى ء عيبا و تعذر تبين الحال،

أفاد الشيخ بأن حكمه كسابقه. نعم لو علم بأنه نقص يكون للمشترى الرد، و أما الارش فلا لأصاله البراءه.

لا يخفى أنه لو قلنا بأن مطلق ما يوجب النقص فى العين يكون عيبا فلا موضوع لهذا البحث كما هو ظاهر، و أما لو قلنا بأن العيب أخص من النقص فلهذا البحث مجال، و لذا يتوجه اشكال الى الشيخ، و هو: أنه لا وجه للتفرقه بين جواز الرد و عدم جواز أخذ الارش، فان الموجود فى العين اما عيب و اما ليس عيبا، أما على الاول فيترتب عليه الامران، و أما على الثانى فلا عليه شى ء منهما.

و أما الحكم بالخيار بمقتضى تخلف الشرط كما فى كلام الاستاذ على ما فى التقرير، فيرد عليه أن الكلام فى الخيار الثابت بحكم الشرع لا المجعول بجعل المتعاقدين. و التحقيق أن يقال: بأنه مع الاختلاف بينهما فى كون الموجود

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۲

...

عيبا و عدمه القول قول منكر الخيار، لأصاله عدم كونه عيبا، فان العين قبل وجودها لم تكن معيوبه و الاصل عدم تكونها معيوبه أيضا، و مع احراز الموضوع بهذا الاصل يكون عموم وجوب الوفاء محكما. نعم لو أنكرنا جريان الاصل فى الاعدام الازليه أو لم يجر الاصل لجهه أخرى لا يمكن التمسك بدليل وجوب الوفاء، لكن مقتضى الاستصحاب أيضا عدم الخيار، فان استصحاب بقاء الملكيه بعد الفسخ معناه عدم الخيار، كما أن مقتضى أصاله عدم الانتقال بعد الفسخ معناه عدم تحقق الخيار كما هو ظاهر.

و ربما يقال:

بأن ما أفيد انما يتم فيما لو كانت الحاله السابقه الصحه أو يكون المبيع مجهول الحال، و أما لو كانت الحاله السابقه العيب و كان المبيع معيبا فمقتضى استصحاب بقاء العيب وقوع العقد على المعيب و يكون القول قول المشترى و يثبت له الخيار.

و الذى ينبغى أن يقال فى هذا المقام: ان الموضوع للحكم اذا كان أمرا بسيطا كعنوان تخلف الشرط مثلا لا يمكن احرازه الا بالاصل المثبت، و أيضا لو كان الموضوع مركبا من المعروض و العرض و كان الاتصاف دخيلا فى الموضوع لا أثر للاستصحاب، فانه مثبت. و أما لو كان الموضوع مركبا بحيث يستفاد من الدليل أنه اذا تحقق هذا المركب بحيث لا يكون الدخيل فى الموضوع الا وجود هذه الاجزاء فطبعا يترتب على استصحاب بقاء العيب تماميه الموضوع، و المستفاد من قوله عليه السلام «ايما امرء اشترى شيئا و به عيب و عوار» أن الموضوع للخيار تحقق شراء شى ء و وجود عيب فى ذلك الشى ء، فببركه الاستصحاب يحرز بقاء العيب فى الشى ء فيصدق موضوع الخيار، فانه من موارد احراز الموضوع بعضه بالوجدان و بعضه الاخر بالاصل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۳

...

(الثالثه) لو اختلفا فى حدوث العيب- بأن قال أحدهما أنه حدث فى ضمان البائع و الآخر ينكره

اشاره

و هذا يتصور بنحوين: لأنه تاره يدعى المشترى أن العيب حدث قبل العقد و أخرى يعترف بحدوثه بعد العقد لكن يدعى حدوثه قبل القبض، و على كلا التقديرين القول قول منكر الخيار لكونه موافقا للأصل، فالاصل عدم تحقق عيب و عوار قبل القبض و الخيار.

ان قلت: لا يثبت صحه البيع بالاصل المذكور الا بالاصل المثبت.

قلت: انا لا نثبت الصحه بالاصل حتى يكون مثبتا، بل ننفى العيب و هو كاف لإثباته.

ان قلت: يمكن أن يقدم قول المشترى بأصاله عدم تحقق

العقد الى حين حدوث العيب.

قلت: مضافا الى أنه مثبت أنه معارض بأصاله عدم تحقق العيب الى حين العقد، حكى عن ابن جنيد: ان ادعى البائع أن العيب حدث عند المشترى حلف المشترى ان انكره لكونه موافقا للأصل. و قرب المصنف الاصل المذكور بوجوه ثلاثه: الاول أصاله عدم تسليم البائع العين الى المشترى على الوجه المقصود، الثانى أصاله عدم استحقاق البائع تمام الثمن، الثالث أصاله عدم لزوم العقد.

الا أن الوجوه الثلاثه مخدوشه كلها، أما الاول ففيه: أولا انه لا يثبت الخيار للمشترى الا بالقول على الاصل المثبت، و ثانيا منشأ الشك فيه عباره عن حدوث العيب فى المبيع و عدمه، و أصاله عدمه محكم على أصاله تسليم البائع العين على الوجه المقصود.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۴

...

و أما الثانى: فانه لا شك فى استحقاق البائع تمام الثمن، و أما ما يؤخذ منه عند كون المبيع معيوبا غرامه شرعيه، مضافا الى أن الاصل المذكور لا يجرى فى المقام، لوجود الاصل السببى المقدم عليه، و هو أصاله عدم حصول العيب الى حين العقد و القبض.

و أما الثالث: فان مقتضى وجوب الوفاء لزوم العقد، مضافا الى أن من آثار عدم لزومه جواز الانتقال بفسخ الاخر، و هو منفى بأصاله عدم الانتقال. فتحصل أن قول المنكر- و هو البائع- مقدم باليمين.

ثم ان العلامه قدس سره قال فى التذكره: بأنه لو أقام أحدهما البينه عمل بها، و لو أقاما بينه عمل بينه المشترى، لان القول قول البائع لأنه منكر، فالبينه على المشترى.

و ما أفاده قدس سره مبنى على سقوط اليمين عن المنكر، و هذا محل الكلام بين الاعلام، فان قلنا بأن وظيفه المنكر اليمين بمقتضى قوله «البينه على المدعى و

اليمين على من أنكر» فـانه يسـتفاد منه اختصـاص البينه بالمـدعى و اختصاص اليمين بالمنكر فلا أثر لإقامه البينه كما هو ظاهر، و أمـا لو قلنا بأن ما يختص بالمـدعى مطالبته بخصوص البينه و أما بالنسـبه الى المنكر فيقبل منه كل من الامرين فله اقامه البينه كما أن له اليمين، و عليه لو قاما بينه فربما يقال بتقـديم بينه المنكر لاعتضادها بالاصل، و ربما يقال بتقـديم بينه المدعى لاختصاصـها به.

و فى كلا الوجهين نظر: أما الاول فلان الاصل اما غير محرز و اما محرز، اما على الاول فلا وجه للتعاضد، فانه وظيفه للشاک و لا يكون كاشـفا عن الواقع فـأين التعاضـد، و أمـا على الثـانى فأيضـا لاـ ترجيـح لعـدم الـدليل، و أما الثانى ففيه أن مجرد اختصاص المدعى بالمطالبه بالبينه لا يدل على رجحان بينته، بل مقتضى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۵

...

التعارض الواقع بينهما التساقط و الرجوع الى أصل آخر لفظى أو عملى، و لكن فى المقام روايات تدل على تقديم بينه الخارج.

ثم ان الشـيخ قـدس سـره أفاد بأنه لو حلف البائع لا بد أن يحلف على عدم تقدم العيب أو على نفى اسـتحقاق الرد و الارش فيما اختـبر المبيع و اطلع على خفايـا أمره، كمـا يحلف على الاعسـار و العـداله بعـد الاختبـار، و أمـا لو لـم يختبر المبيع فهـل يجوز له الحلف استنادا الى أصاله عدم التقدم؟ وجه احتمله فى جامع المقاصد.

و أورد عليه الاسـتاذ دام ظله على ما فى التقرير: بأنه لا وجه له أصـلا، اذ الانكار لا بد أن يتعلق بما يدعيه المدعى، فلو ادعى زيد أن تلك الدار الكذائيه ملك له و المنكر يحلف أن ذلک البستان ليس له فلا شبهه

فى عدم ترتب أثر على هذا الحلف. و من الظاهر أن الحلف المستند الى الاصل حلف على الحكم الظاهرى المستفاد من الاصل و المدعى يدعى الحكم الواقعى، ففى المقام ان المدعى يدعى أن لى الخيار واقعا و المنكر يحلف بأنه ليس لك الخيار ظاهرا.

اذا عرفت هذا نقول: تاره يدعى المدعى كون الطرف عالما بالحال، فانه لا شبهه فى كفايه الحلف على نفى العلم. و الوجه ظاهر و أما لو ادعى الواقع ففيه وجوه: منها جواز الحلف على البت على نفى المدعى، و منها ايقاف الدعوى، و منها الحلف على نفى العلم، و منها رد الحلف الى المدعى.

اذا عرفت ذلك نقول: الظاهر أنه لا مانع من الحلف مستندا الى الاصل فيما يكون الاصل محرزا كالاستصحاب، و قاعده الفراغ و التجاوز ان لم تكن، أماره و ذلك لما قررنا فى الاصول من قيام الاستصحاب مقام القطع الطريقى، و يؤيده ما ورد «۱»

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۸ الباب ۱۷ من أبواب الشهادات.

قوله: فرع لو باع الوكيل فوجد المشترى عيبا يوجب الرد رده على الموكل (۱).

عنهم عليهم السلام من جواز الشهاده مستندا الى الاصل، فانه لو كانت الشهاده جائزه مستنده الى الاصل فيجوز الحلف، و الانكار بطريق أولى.

لكن الانصاف أن فى الاولويه نظرا لكن يكفى لجواز الاستصحاب و قيامه مقام القطع.

ثم أنه هل يفرق بين المقام و بين الحلف على الطهاره مستندا الى أصاله الطهاره، ربما يقال كما أفاده الشيخ بأنه يجوز فى مورد الطهاره بتقريب: ان المفهوم من الطهاره فى استعمال المتشرعه ما يعم غير معلوم النجس.

هذا، و لكن الحق عدم الفرق، فانه اذا كان البحث عن مقام الاثبات فيتناسب أن يقال بأن

المتفاهم من هذا اللفظ كذا، و أما البحث فى المقام ليس كذلك، بل البحث يكون فى أنه يجوز الحلف على عدم ما يدعيه المدعى مستندا الى الاصل أم لا، و لا بد فيه من التفصيل بين الاصل المحرز و غيره.

و أما ما أفاده قدس سره من الاستناد الى روايه حفص «۱» فهو يدل على جواز الحلف بالملكيه مستندا الى اليد، و من الظاهر أن اليد أماره لا اصل.

فظهر مما ذكرنا أنه يجوز الحلف مع الاصل التنزيلى و عدمه مع عدمه، و عليه لا وجه للاكتفاء بالحلف على نفى العلم، كما أنه لا وجه لايقاف المدعى، فلا بد من اعمال موازين القضاء بأن يحلف أو ينكل، و على فرض النكول يرد الحلف الى المشترى.

[فرع لو باع الوكيل فوجد المشترى عيبا يوجب الرد رده على الموكل]

أقول: و الوجه فيه واضح، فانه المالك و الوكيل نائب عنه انتهت وكالته

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من ابواب أحكام العيوب، الحديث ۱.

...

بالبيع. و لا يخفى أن نظره قدس سره الى الوكاله الموقته لا حتى بعد العقود فى الشئون المتعلقه بالمال، و لو اختلف الموكل و المشترى فى قدم العيب و حدوثه يحلف الموكل على عدم التقدم، و لا يقبل اقرار الوكيل بقدمه لان المفروض أنه أجنبى عنه.

ان قلت: لا بد من قبول قوله لقاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به.

قلت: فان كون العين معيبا أو غير معيب لا- يرتبط بمورد وكالته، فانه وكيل فى البيع و مالك للبيع، فلا بد من العمل على طبق الموازين الاوليه. و اذا كان المشترى جاهلا- بالوكاله و لم يتمكن الوكيل من اقامه البينه، فادعى المشترى على الوكيل بقدم العيب، فان اعترف الوكيل بالتقدم لم يملك الرد الى الموكل،

لان اقراره ادعاء على الموكل و لا يقبل الا بالبينه، و له احلاف الموكل على عدم السبق، فلو رد اليمين و حلف الوكيل ألزم الموكل. و لو أنكر الوكيل التقدم حلف ليدفع عن نفسه الظلامه التى تلزمه لو اعترف و لم يتمكن من الرد على الموكل، اذ الموكل لو اعترف يرد اليه.

و هل للمشترى تحليف الموكل؟ الظاهر لا لان المشترى يدعى الوكيل و ادعاؤه عليه يستلزم انكاره بالنسبه الى الموكل و تحليفه اقرار منه، لكن يمكن أن يقال: فرق بين صوره ادعاء القطع بأن البائع مالك فلا يجوز و بين صوره عدم القطع و الاخذ باليد فيجوز احلاف كل منهما، لكن احلاف كل منهما يسقط الحق، و لا يجوز له احلاف الاخر لان الدعوى واحده.

ثم لو لم يحلف الوكيل و نكل فحلف المشترى اليمين المردوده و رد العين على الوكيل، فهل للوكيل ردها على الموكل؟ وجهان، بناهما فى القواعد على حسب نقل الشيخ قدس سره على أن اليمين المردوده كالبينه فينفذ فى حق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۸

قوله: الرابعه لو رد سلعه بالعيب فانكر البائع أنها سلعته قدم قول البائع (۱).

الموكل، أو كإقرار الوكيل فلا ينفذ.

و يمكن أن يقال كما عن جامع المقاصد: بأن كونه كالبينه لا يستلزم نفوذه فى مورد الموكل، لان المفروض أن الوكيل معترف بعدم سبق العيب، الا أن يكون مستنده فى النفى الاصل، فلا يتوجه الاشكال من ناحيه الاقرار، لان الاقرار مبنى على الاصل العملى الذى لا موضوع له مع الاماره.

و عن مفتاح الكرامه أن الاعتراض مبنى على كون اليمين المردوده كبينه الراد، و ما يختلج بالبال أنه لو كان انكاره مبنيا على العلم فلا يجوز له الرد على الموكل،

لأنه معترف بعدم السبق، و أما لو كان مبنيا على الاصل فبعد قيام البينه لا مجال للإشكال، لأنه مع البينه لا موضوع للأصل.

[الرابعه لو رد سلعه بالعيب فانكر البائع أنها سلعته قدم قول البائع]

أقول: و الوجه فيه أنه مقتضى أصاله عدم ثبوت حق للمشترى عليه، و بقاء الملكيه بعد الفسخ. هذا فيما يكون الاختلاف فى أصل الخيار، و أما لو لم يكن فى أصل الخيار، لكن البائع ينكر أن العين المردوده ملكه و يقول بأنه بدل العين المبتاعه بغيرها، فاحتمل العلامه فى التذكره و القواعد أن القول قول المشترى، و نسبه فى التحرير الى القيل لاتفاقهما فى أصل الخيار و احتمل أن القول قول البائع.

و أفاد الاستاذ على ما فى التقرير بأن المقام يفترق عن المسأله السابقه، اذ فى المقام أصل الخيار معلوم، و مع وجود الخيار للمشترى فسخ العقد، و بعد الفسخ تنتقل العين الى البائع و الثمن الى المشترى، غايه الامر ان البائع يدعى خيانه المشترى و عليه الاثبات. نعم لو لم يدفع المشترى العين للبائع أن يتملك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۹

...

الثمن تقاصا، لكن المفروض أن المشترى يدفع العين، فعلى البائع اقامه البينه فالقول قول المشترى، و ما أفاده العلامه تام.

و فيه: أن ثبوت الخيار ليس ملازما لكون المدفوع عين المبيع، و الاصل يقتضى عدم كون المدفوع مبيعا فكيف يكون القول قول المشترى، و أصاله عدم خيانه المشترى لا تقتضى كون المدفوع هو المبيع الا بتقريب الاثبات.

و أفاد السيد فى الحاشيه بأنه يمكن الفرق بين الفرعين بأنه مع ثبوت الخيار فكأن البائع جعل المشترى أمينا و ليس على الامين الا اليمين، و لا يجوز اتهامه بخيانته فى التبديل، بخلاف الفرع الاول حيث أن الخيار ليس مورد الاتفاق، و فى آخر كلامه

أمر بالتأمل بقوله: فتأمل.

و فيه: انه ليس هذا التقريب تاما، فان العين ملك للمشترى لا أنها أمانه عنده و لا وجه لقبول قوله، و الظاهر أن السيد لم يرتضى به، بل مقصوده مجرد ابداء الاحتمال.

و أما توجيه كلام العلامه بأن ظاهر حال المسلم عدم الخيانه، ففيه:

أولا- أنه يمكن أن يفرض المشترى غير مسلم، فالدليل أخص من المدعى.

و ثانيا- ان هذا الاصل لو كان مؤثرا يلزم الحكم بعداله جميع المسلمين ما دام لم يحرز فسقهم، و هو كما ترى. و منه ظهر أنه لو كان المراد أن الخيانه خلاف الاصل، فأيضا لا أثر له، لان الاصل و ان كان مقتضيا لعدم الخيانه لكن لا يثبت به كون العين المدفوعه هى العين المبيعه. و أما أصاله بقاء الخيار لا تقتضى ابقاء هذا الحق للمشترى و لا ملازمه بين بقاء الخيار و كون هذا العين هى العين المعهوده. نعم لو علمنا من الخارج بأنه لو كان الخيار باقيا يكون العين هى العين المعهوده و قلنا بأن الاصل يثبت لوازمه لكان لهذا المقال مجال، و لكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۰

قوله: و أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط ففيه أيضا مسائل (۱).

كيف يمكن الالتزام به.

[أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط]

الاولى: لو اختلفا فى علم المشترى بالخيار

فالقول قول منكر العلم فيثبت الخيار، و هذا ظاهر لا يعتريه ريب.

الثانيه: انه لو اختلفا فى زوال العيب قبل العلم به

بأن قال أحدهما ببقائه و ثبوت الخيار و قال الاخر بزواله قبل العلم بناء على أن زواله قبل العلم فى حكم عدم العيب- يقدم قول مدعى الخيار، اذ العيب مطلقا يقتضى الخيار، غايه الامر لو زال قبل العلم لا يثبت.

و أما لو اتفقا على العيب لكن عرض عيب آخر للعين عند المشترى ثم زال أحدهما فقال البائع الزائل هو العيب القديم فلا خيار لا ردا و لا أرشا، لان العين ليست قائمه بعينها، و قال المشترى الزائل هو العيب الحادث فلى الرد و الارش.

ربما يقال: بأن القول قول المشترى، لان مقتضى الاصل بقاء العيب القديم، و لا يعارضه بقاء العيب الحادث، لان بقاء العيب الحادث لا يثبت زوال القديم الا بنحو الاثبات.

و لكن يرد فيه بناء على مسلك القوم بأن شرط جواز الرد بقاء العين بعينها، و هذا الشرط غير معلوم، و استصحاب بقاء العيب الحادث لا يثبت هذا العنوان الاعلى نحو الاثبات، فلا حق للمشترى الا أخذ الارش، و عن الشافعى التحالف بتقريب أن مقتضى أصاله بقاء القديم ثبوت الرد و الارش و مقتضى أصاله بقاء الجديد الارش و سقوط الرد، فيسقط ادعاء منهما و يثبت مقتضى الاصل، و هو الارش لأنه القدر المتيقن و لا يلزم مخالفه عمليه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۱

...

و هذا التقريب غير تام، لان المشترى ينفى الرد و الارش، اذ يدعى زوال العيب القديم، و البائع يدعى زوال العيب الحادث فيدعى عدم مانع من الرد، فليس فى البين قدر معلوم. نعم يمكن تقريب المدعى بأن يقال مقتضى تعارض القولين تساقطهما، فتصل النوبه الى الاصل، و الاصل

بقاء الارش بعد التساقط.

و الحق أن يقال: ان أصاله بقاء العيب السابق يقتضـى الرد و الارش و أصاله بقاء العيب الجديد لا يعارضه، لأنه على ما سلكناه لا يشترط فى اعمال الخيار بقاء العين بحالها. نعم لو قلنا بأن زوال العيب القديم يقتضى سقوط الخيار فاستصحاب بقاء العيب الجديد يستلزم ارتفاع العيب القديم بالاستلزام العقلى، لكن لا أثر لهذا الاصل لأنه مثبت.

الثالثه: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشترى فالخيار ساقط و ادعى المشترى سبقه فالخيار باق،

فعن الدروس انه كالعيب المنفرد بأن القول قول البائع.

و فيه: انه فرق بين المقامين، اذ فى ذلك النزاع يكون القول قول البائع لأنه ينكر الخيار و الاصل عدمه، و فى المقام الخيار قطعى و الكلام فى مسقطه.

و من الظاهر ان أصاله تأخر الحادث لا يثبت حدوثه عند المشترى الذى يكون موضوعا للحكم، بل القدر المستفاد من الاصل عدم تقدمه.

ثم لو ادعى البائع زياده العيب عند المشترى و أنكره المشترى، القول قول المشترى. و لا يخفى أن الكلام فيما يكون الاختلاف فى الزياده، و أما لو كان الاختلاف فى أصل الزياده فلا شبهه فى أن القول قول المشترى.

و لا يخفى أن ما ذكرناه من الاشكال من أن احراز قيام العين بحالها فى غايه الاشكال، فان هذا العنوان لا يحرز الا أن يقال: بأن أصاله بقاء العين على

...

ما كانت تقتضى جواز الرد بدون أن يتوجه اشكال الاثبات.

الرابعه: لو اختلف فى البراءه

بأن أدعى البائع انا برئت من كل عيب فيه و انكره المشترى، قدم قول المشترى لأصاله عدم البراءه. نعم فى المقام روايه تدل على تقديم قول البائع، و هى مكاتبه جعفر بن عيسى قال: كتبت الى ابى الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فاذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فاذا اشتراه المشترى و رضيه و لم يبق الا نقد الثمن فربما زهد فيه، فاذا زهد فيه ادعى عيوبا و أنه لم يعلم بها فيقول له المنادى قد برئت منها فيقول المشترى لم أسمع البراءه منها أ يصدق فلا يجب عليه أم لا يصدق؟

فكتب عليه السلام: ان عليه الثمن ... «١».

و استشكل الأردبيلى بأنها لا يلتفت اليها

لضعفها مع الكتابه و مخالفه القاعده و قال المصنف فى مقام رده: و فيه نظر، لعل كان وجه النظر ان الكتابه لا تضر و أما الضعف فقد انجبر بعمل الاصحاب. و فيه: قد عرفت ان ضعفه لا ينجبر به.

ذهب الكفايه الى أن الروايه مؤيده لقاعده البينه على المدعى و اليمين على من أنكر، و قد تنظر الشيخ فيه. يمكن أن يكون وجه النظر أن الروايه على خلاف القاعده المشار اليها، لان المدعى فى المقام هو البائع لا المشترى و ما أفاده متين فى المقام.

و فى الحدائق كلام فى المقام، و هو: أن الروايه تكون على خلاف القاعده الداله على تقديم قول المشترى، لان انكار المشترى انما وقع مداله لعدم رغبته فى المبيع و الا فهو عالم بتبرى البائع، و أما عليه السلام انما ألزمه بالثمن من هذه الجهه.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من ابواب احكام العيوب، الحديث ۱.

قوله: و أما الثالث ففيه مسائل (۱).

و فيه: أن ما ذكره خلاف ظاهر الروايه، فان ظاهرها استعلام من يقدم قوله و ربما استشكل أيضا على دلاله الروايه أن البراءه من العيوب عند نداء المنادى لا يجدى، لأنه وقع قبل الايجاب، فان البراءه يعتبر وقوعها فى متن العقد.

و فيه: أنها و ان لم تذكر فى متن العقد صريحا الا أن المعامله وقعت مبنيه عليها و هو كاف فى المقام. و الحاصل ان الروايه من حيث الدلاله لا بأس بها الا أنها ضعيفه بجعفر بن عيسى فانه لم يوثق.

الخامسه: لو ادعى البائع رضى المشترى به بعد العلم أو اسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده و أنكره المشترى

فالقول قول المشترى مع حلفه، لأصاله عدم هذه الامور.

[و أما الثالث فى اختلاف المتبايعين فى الفسخ]

اشاره

أقول: يقع الكلام فى اختلاف المتبايعين فى الفسخ فى ضمن مسائل:

(الاولى) لو اختلفا فى الفسخ فادعاه المشترى و انكره البائع،

تاره يكون الدعوى فى زمن الخيار و أخرى بعد انقضاء زمان الخيار. أفاد المصنف ان كان الخيار باقيا للمشترى انشأ الفسخ، و هذا الكلام بظاهره غير صحيح، لان الكلام فى ادعائه الفسخ لا فى جواز إنشائه و عدمه.

و نقل عن الشهيد أن اخباره بالفسخ إنشاء للفسخ. و فيه: انهما امران متغايران لا يرتبط أحدهما بالاخر، نعم يمكن أن يستدل على المطلوب- و هو تقديم قول المشترى- بقاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به، فان المشترى مالك للفسخ فاقراره به نافذ.

هذا كله اذا وقع الخلاف فى صوره بقاء الخيار، و أما اذا كان ذلك بعد انقضاء الخيار فهل يكون اخبار المشترى عن الفسخ نافذا أم لا؟ أفاد المصنف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۴

...

أن مدعى الفسخ يحتاج فى اثبات ذلك الى البينه. ربما يقال أنه يتمسك للمقام بقاعده الاقرار فلا يحتاج الى البينه.

و فيه: أنه لاـ يمكن التمسك بالقاعده المذكوره فى المقام، لأنها مختصه بما اذا كان امر الشى ء بيد المقر فكان اقراره نافذا بالنسبه اليه، و أما اذا لم يكن أمره بيده فاقراره غير نافذ، و المقام من قبيل الثانى، لان المفروض أن الخلاف وقع بعد انقضاء الخيار فليس أمر الفسخ بيد المشترى بعد انقضاء زمان الخيار حتى يكون اقراره نافذا.

و استدل المصنف قدس سره لنفوذ قول المشترى ببعض الاخبار «۱» الوارده فيمن أخبر بعتق مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقه على ايتام الرجل و انه رق لهم، و هو ما رواه محمد بن عبد اللّه الكاهلى قال: قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام كان لعمى غلام فأبق فأتى الانبار فخرج اليه عمى ثم

رجع. فقلت: ما صنعت يا عم فی غلامک؟ قال: بعته. فمکث ما شاء اللّه، ثم ان عمی مات فجاء الغلام فقال: «انا غلام عمک و قد ترک عمی أولادا صغارا و أنا وصیهم. فقلت: ان عمی ذکر أنه باعک. فقال: ان عمک کان لک مضار و أکره أن یقول لک فتشمت به، و أنا و اللّه غلام بنیه. فقال علیه السلام: صدق عمک و کذب الغلام فأخرجه و لا تقبله.

و استشکل السید علی الاستدلال بالروایه بأنه قضیه فی واقعه، فلعله کان مطلعا علی کذب الغلام.

و فیه: أنه خلاف الظاهر فلا یصار الیه الا بالدلیل، الا أنه مع ذلک لا یمکن الاستدلال بالروایه، لأنه یمکن أن یکون ذلک من باب قاعده الاقرار حیث أن العم فی حال حیاته أقر بنفی الرقیه.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۲۶ من أبواب بیع الحیوان، الحدیث ۱.

...

ثم انه اذا لم یثبت الفسخ فهل یثبت للمشتری المدعی للفسخ الارش أم لا؟

و الظاهر ثبوته، و لکنه یشکل حیث انه مقر بعدم استحقاق الارش. و یمکن أن یقال کما نقل عن الدروس بأنه یحتمل أن یأخذ أقل الامرین من الارش و ما زاد علی القیمه بأنه یؤخذ مقدار قیمه العین تقاصا، و یرد علیه أقل المقدارین لأنه راجع الیه علی کل تقدیر.

(الثانیه) انه لو اختلفا فی تأخر الفسخ فیما یکون الخیار فوریا،

ففی تقدیم مدعی التأخیر لبقاء العقد أو تقدیم مدعی الفوریه لأصاله صحه الفسخ؟ وجهان.

و الحق أنه یقدم قول مدعی صحه الفسخ، لا من جهه أصاله الصحه، فان جریان أصاله الصحه موقوف علی ثبوت الحق و المفروض أن صدور الفسخ لم یعلم زمانه، و یمکن أن یکون واقعا بعد مضی زمان الخیار، بل من باب استصحاب بقاء

حق الخيار الى زمان الفسخ. و لا يعارضه استصحاب عدم الفسخ، لأنه لا يترتب عليه الاثر الا بعد اثبات وقوعه بعد مضى زمان الخيار، و هذا مرجعه الى الاصل المثبت.

لكن يمكن أن يقال: بأنه يكفى استصحاب عدم الفسخ الى حين مضى زمان الخيار، فانه يكفى، اذ مقصود المنكر اثبات بقاء الخيار، فالمقام مقام التداعى.

و لو كانا متفقين فى زمان الفسخ و اختلفا فى زمان العقد، فربما يقال: بأن الاصل تأخر العقد، لكن لا يترتب عليه وقوع الفسخ فى أول زمان الخيار الاعلى نحو الاثبات.

(الثالثه) لو ادعى الجهل بالخيار أو بالفوريه يسمع قوله ان احتمل،

و ربما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۶

قوله: القول فى ماهيه العيب (۱).

يفصل بين الجهل بالخيار و فوريته بعدم السماع فى الاول و السماع فى الثانى.

[القول فى ماهيه العيب]

لا- يخفى أن العيب الذى يكون مدار الحكم أمر عرفى كبقيه الموضوعات العرفيه، و الظاهر أن المعيار بحسب الطبع الاولى ما يكون موجبا لنقصان الماليه أعم من أن يكون أمرا أصاليا أو تبعيا، و أعم من أن يكون بالزياده أو بالنقيصه و أعم من يكون عينيه أو وصفيه.

ثم انه أفاد السيد فى الحاشيه بأن العيب فى حد نفسه غير العيب فى مقام الماليه، فلو فرض ان عيبا لا يوجب نقصانا فى الماليه لترتب الغرض المطلوب منه لا يوجب الخيار لانصراف الادله الى العيب الموجب لنقصان القيمه. و لكن ليس الامر كذلك، فان الميزان بصدق العيب. نعم لا يثبت فى مفروضه الارش لعدم موضوعه.

ان قلت عليه: كيف عرفتم العيب بالنقص الموجب لنقصان القيمه.

قلت: هذا بحسب الطبع الاولى و بحسب الغالب، و من الظاهر أن مثل هذه التعريفات لفظيه لا حقيقيه و ارجاع الى الفهم العرفى. و لا يخفى أيضا أنه ربما يكون شى ء عيبا بالنسبه الى بلده دون أخرى أو فى زمان دون آخر فلكل حكمه. و الحاصل انه كبقيه الموضوعات تختلف بحسب الازمان و الامكنه.

و حيث ان القضيه حقيقيه يلزم ملاحظه صدق الموضوع، فكلما صدق يترتب عليه الحكم و الا فلا. نعم اذا ثبت بالدليل المعتبر

فی مورد نفیا و اثباتا نأخـذ بـذلک المورد، و فی المقام روایه «۱» یسـتفاد منهـا أن العیب عباره عن الزیاده أو النقیصه من الخلقه الاصلیه، و هی ما رواه السیاری، و محل الشاهد فی الروایه ما عن النبی صلی اللّه علیه و آله

أنه قال: «كل ما كان فى أصل الخلقه فزاد أو

---

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١ من ابواب أحكام العيوب.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۷

قوله: القول فى الارش (١).

قوله: ثم ان ضمان النقص تابع فى الكيفيه لضمان المنقوص (٢).

نقص فهو عيب»، و هذه روايه ضعيفه بالسيارى و ارسالها.

[القول فى الأرش]

اشاره

أقول: لاـ يبعد أن يكون الارش فى اللغه عباره عن المال الـذى يجبر به نقص حاصل فى المال أو البـدن، و المراد بالنقص نقص وصف الصحه، كما أن أجره المثل اسم لعوض المنفعه الفائته، و القيمه اسم لبدل العين الفائته.

و بعباره أخرى: هـذه الثلاثه داخله تحت جامع واحد، و هو المعبر عنه بالعوض فان كان العوض عوضا للعين تسـمى «قيمه»، و ان كان منفعه تسمى «اجره»، و ان كان وصف صحه تسمى «ارشا».

فعليه يكون المعنى الشرعى مطابقا للمعنى اللغوى، اذ يطلق فى الشرع على عوض وصف الصحه الفائت، أعم من أن يكون ذلك النقص فى البدن أو فى المال و لم يكن له مقدار فى الشرع.

[فى أن ضمان النقص تابع فى الكيفيه لضمان المنقوص]

أقول: يقع البحث فى أن هذا الضـمان ضمان يد أو ضمان معاوضه أو ضمان ثالث، و لا وجه لكونه من ضمان اليد، اذ المفروض أن العين فى يـد مالكهـا و بالانتقـال الاعتبـارى الى ملـك الطرف يثبت الضـمان فلاـ يكون مرتبطـا بضـمان اليـد. و الظاهر كونه معاوضه لا أقول بأنه يقع مقدار من العوض فى مقابل وصف الصحه، فانه خلاف التحقيق، بل أقول انه ضمان معاوضه لبا، بمعنى يجعل مقدار من العوض بحسب اللب الواقع فى قبال وصف الصـحه بلا اشـكال، و لذا فى مقام الدعوى أو بمناسـبه أخرى يقول: بأن دفعت هذا المقدار الكثير زائدا لأجل ذلك الوصف.

و هذا مما لا شبهه فيه، و الدليل عليه انه لو حكم بالضمان يتبادر الى الذهن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۸

قوله: نعم يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن (۱).

ذلك المقدار من الثمن لا القيمه الواقعيه، فانه خلاف الارتكاز، و لعل هذا بمرتبه من الظهور لا يحتاج

الى البحث و القيل و القال.

و لكن الحق أن يقال: انه ليس ضمان يد كما ذكرنا و ليس ضمانا معاوضيا لان المفروض أنه لم يجعل فى مقابل وصف الصحه عوض، و ليس ضمانا ثالثا اذ لا موجب له بحسب القاعده، فان غايه ما يترتب عليه أن يكون للمشترى الخيار فى فسخ المعامله، و لذا لا يكون أخذ الارش على القاعده بل أمر تعبدى.

فتلخص مما ذكرنا: أن الارش ليس على القاعده، و أيضا ظهر بأنه ليس من ضمان اليد و لا من ضمان المعاوضه، بل ضمان تعبدى ثابت بالروايات.

ثم ان الميزان هى القيمه الواقعيه أو الميزان بالتفاوت النسبى، يقع الكلام:

أولا فيما تقتضيه القاعده، و ثانيا فيما تقتضيه النصوص الوارده فى المقام، و أما القاعده الاوليه فتقتضى ملاحظه النسبه، فانه أمر ارتكازى، و لا منافاه بين ما ذكرنا من عدم الارش على طبق القاعده و بين كونه على فرض الثبوت هو الامر النسبى.

و أما النصوص فمختلفه، فان بعضها يدل بحسب الظهور على الاسترداد من الثمن، و بعضها يدل على ثبوت قيمه الوصف. و الانصاف أن مقتضى الفهم العرفى حمل بعضها على البعض الاخر. و ان شئت قلت: ان ما يدل على ملاحظه النسبه أظهر من غيره، فيحمل الظاهر على الاظهر.

[يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن]

أقول: ثم انه هل يكون الواجب على البائع رد ما به التفاوت من عين الثمن أوله الخيار؟ يقع الكلام تاره فيما يقتضيه الاصل و أخرى فيما تقتضيه النصوص.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۹

...

(أما المقام الاول) فان قلنا بأن ذمه البائع مشغوله يكون الامر دائرا بين المتباينين، كما لو تردد الامر بين ضمان المثل و القيمه، و لكن القدر المتيقن وجوب دفع هذا الغرر، فيكون الامر دائرا

بين الاقل و الاكثر. و بعباره أخرى:

المقدار المعلوم ان المشترى أخذ ما به التفاوت و الاكثر من هذا المقدار غير معلوم و منفى بالاصل.

هذا مقتضى الاصل الاولى، و أما مقتضى النصوص فان المستفاد من بعضها الاطلاق، و لكن مقتضى البعض الاخر الرد من عين الثمن، لاحظ روايه زراره فانه عليه السلام قال فيها «و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به ...» «١».

و الشيخ قدس سره سلم الظهور، لكن حمل النصوص على خلاف الظاهر بأنه حيث أن الغالب يكون الثمن من النقدين و حيث أن الخصوصيه ملغاه عند العقلاء فى النقدين فيكون الرد من الثمن باعتبار نوعه. و لا شبهه فى انه خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينه.

و الحق أن الواجب بمقتضى جمله من النصوص أن يكون الرد من عين الثمن الا مع التراضى.

ثم انه لو قلنا بأن الرد يلزم أن يكون من الثمن، فلا مجال للبحث فى أن الغرامه تلزم أن يكون من النقدين أو من غيرهما، و أما لو لم نقل بذلك و قلنا بأنه لا يلزم أن يكون من عين الثمن فالحق أن الارش يلزم أن يكون من النقدين، فانه المنصرف عند العرف بلا قرينه.

ثم انه ظهر مما ذكرنا أنه لا يعقل أن يستوعب الارش تمام الثمن، لان

---

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١۶ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

قوله: مسأله يعرف الارش بمعرفه قيمتى الصحيح و المعيب (١).

المفروض أن الارش ما به التفاوت بالنسبه. نعم يمكن تصوره على بعض التقادير و هو أنه لو حدث فى المبيع عيب فى زمان الخيار أو قبل القبض و

كان الارش مستوعبا لتمام القيمه و قلنا بأنه لا ينفسخ العقد به و يكون العين باقيه فى ملك المشترى و يكون البائع ضامنا للأرش فعليه لا بد من رد تمام الثمن.

[مسأله يعرف الأرش بمعرفه قيمتى الصحيح و المعيب]

أقول: يعرف الارش بمعرفه قيمه الصحيح و المعيب ليعرف ما به التفاوت فاذا كانت القيمه معلومه فالامر ظاهر، و ان لم تكن معلومه فلا بد من الرجوع الى العارف بها.

و الذى يرجع اليه تاره يخبر عن القيمه الخارجيه و هذا داخل فى باب الاخبار و الشهاده بناء على أنه لا فرق بين الاخبار و الشهاده و ان الشهاده قسم خاص من الخبر و هو عباره عن اخبار متعدد بأمر عند الحاكم. و أخرى يخبر عن الخصوصيات فى المبيع، و بعباره أخرى يخبر عن القيمه باعتبار اطلاعه على خصوصيات العين و قيمه كل خصوصيه معلومه لكن تلك الخصوصيه مجهوله.

و ثالثه يخبر مستندا بحدسه و اجتهاده. و الاولان داخلان فى الاخبار الحسى، و الاخير داخل فى الحدس.

و لا شبهه أنه لا يعتبر فى الاخير الا الامانه و الخبرويه، فما أفاد الشيخ قدس سره غير تام، بل لنا أن نقول: انه لا يعتبر فى الاخبار عن الامر الحسى التعدد و العداله، فان السيره قائمه على العمل بقول الثقه الواحد. نعم يعتبر العداله و التعدد فى الشاهد عند الحاكم، و هذا ثابت بالدليل.

ثم انه لو لم يمكن معرفه القيمه فهل يكتفى بالظن أو يؤخذ بالاقل؟ الظاهر هو الثانى، لان ثبوت الاكثر غير معلوم، و مقتضى الاصل عدمه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۱

قوله: لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الاقل للأصل (۱).

و ما أفاده قدس سره فى وجه الاخذ بالاكثر بأن مقتضى الاصل بقاؤه و عدم سقوطه بأداء

الاقل، يرد فيه: انه مع جريان الاصل فى السبب لا تصل النوبه الى المسبب، و مقتضى الاصل عدم تعلق التكليف الا بالاقل.

[لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الاقل للأصل]

أقول: و فى المسأله أقوال: أفاد المصنف بأن الحق ما عليه المعظم من وجوب الجمع، لان لكل منهما حجه شرعيه فلا بد من العمل به بقدر الامكان و قولاهما و ان كانا متعارضين فى النصف أيضا كالكل لكن الجمع بينهما بالاخذ بكل منهما فى بعض المدلول أولى من الطرح رأسا. و هذا معنى قولهم «الجمع مهما أمكن أولى من الطرح»، و لذا قال الشهيد فى تمهيد القواعد: بأن الدار المدعى عليهما بين شخصين تنصف بينهما بل التبعيض فى حقوق الناس أولى من التبعيض فى حق اللّه لرجوع الكل الى امتثال امر اللّه سبحانه، بخلاف مقام التكليف باحقاق حقوق الناس فان فى التبعيض جمعا بين حقوق الناس و مراعاه للجميع و لو فى الجمله.

هذا، و قد يستشكل ما ذكرنا أولا بأنه لا تعارض، فان النافى لا علم له بخلاف المثبت و ثانيا بينه النافى مؤيده بأصاله عدم الزائد فلا تعارض لوجود المرجح و ثالثا بأنه فيه مخالفه قطعيه. ثم أجاب بأن النافى ينفى بالبت، و يندفع الثانى بأن الاصل الظاهرى لا يكون مرجحا بل يكون مرجعا عند التساقط، و يندفع الثالث بأن فى حق الناس ليس الحق لواحد كما فى حقوق اللّه بل بين شخصين فهذا أولى من الاهمال المطلق.

و يرد عليه أنه ما الدليل على رعايه الجمع بين الامرين، فان مقتضى التعارض التساقط. نعم فى مورد كون أمر مال مرددا بين شخصين أو اكثر يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۲

قوله: ثم ان قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه (۱).

مقتضى قاعده العدل التنصيف،

و يمكن أن يقال: بأن هذا حكم عقلائى، و أيضا يستفاد من النص «۱» لكن الروايه ضعيفه بالنوفلى، مضافا الى أن موضوع هذه القاعده و النص تردد أمر مال بين شخصين أو ازيد، و لا يبعد ان يستفاد هذا الحكم من النص «۲» الاخر، و من مصاديقه ما أفاده الشهيد فى تمهيد القواعد، فانه بمقتضى اليد تكون الدار بين شخصين.

و أما ترجيح بينه الاقل لتعاضده بالاصل، فقد مر الاشكال فيه بما أفاده الشيخ كما أن الامر كذلك فى ترجيح دليل الاكثر، بتقريب أن بينه الاقل تنفى العلم بالاكثر.

[فى أن قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه]

أقول: و أما القرعه فقد أفاد الشيخ قدس سره بأن قاعده الجمع مقدم عليها و حاكمه بالنسبه اليها، بتقريب أن القرعه لتشخيص الواقع المردد، و فى المقام لا ينحصر الواقع بين الامرين بل يحتمل أمر ثالث. و الحاصل ان القرعه لتشخيص ما يكون فى الواقع أمر و يشخص بها، و فى المقام ليس الامر كذلك.

و أيضا لا تصل النوبه الى القرعه ما دام الجمع ممكنا، اذ العمل بها قاعده ظاهريه فى فرض الجهل بالواقع، فما دام العمل بالدليل ممكنا يكون مقدما يكون مقدما على الحكم الظاهرى.

و لكن يرد عليه أنه يمكن فرض انحصار الامر بين القولين، بأن نعلم أن الامر دائر بينهما، و ثانيا ان الجمع كما مر آنفا لا دليل عليه، و احتمال الموضوعيه

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۱۲ من ابواب الصلح الحديث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۸ الباب ۱۲ من ابواب كيفيه الحكم و احكام الدعوى، الحديث ۳.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۳

قوله: ثم ان المعروف فى الجمع بين البينات الجمع بينهما (۱)

منتف، و ثالثا لنا أن نتمسك بمطلقات أدله القرعه، فان فيها ما يدل

على حجيتها عند الشك و الاختلاف بين المتخاصمين كما فى روايه «۱» جميل و منصور، و أيضا يمكن الاخذ بما يدل على ترجيح احدى البينتين بالقرعه كروايه الحلبى «۲» و سماعه.

[فى أن المعروف فى الجمع بين البينات الجمع بينهما]

أقول: ثم ان الشيخ قدس سره بين طريق الجمع بين البينات و بين طريقين أحدهما منسوب الى المشهور و ثانيهما منسوب الى الشهيد. توضيح الحال برسم أمور:

(منها) ما اذا تعارض المقومان- و هو فيما يكون ما به التفاوت على قول أحدهما ثلثا و على القول الاخر ربعا- و أما لو كان ما به التفاوت واحدا على كلا التقديرين و ان كان بين التقويمين اختلاف فلا مجال للبحث، لعدم المعارضه كى يحتاج الى الجمع بينهما، فاذا أحد قيمتى الصحيح اثنى عشر و الاخر سته و إحدى قيمتى المعيب أربعه و الاخر اثنان لا يكون تعارض، بل التفاوت بالثلثين على كلا التقديرين.

(و منها) ان طريق المشهور أخذ قيمتى الصحيح و المعيب و تنصيف كل منهما و ملاحظه قيمه المعيب الى الصحيح و الاخذ من الثمن بهذا المقدار، و أسهل من ذلك ملاحظه قيمتى الصحيح و المعيب و ملاحظه النسبه و الاخذ بها، فانه لا يفرق كما هو ظاهر.

و طريق آخر منسوب الى الشهيد، و هو أنه تلحظ نسبه ما بين صحيح القيمه و معيبه و يؤخذ من أصل الثمن بنفس نسبه التفاوت، ثم تلحظ النسبه

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۸ الباب (۳) من ابواب القضاء الحديث ۴ و ۱۷.

(۲) الوسائل الجزء ۱۸ الباب ۱۲ من ابواب القضاء الحديث ۱۱ و ۱۲.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۴

قوله: القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها (۱).

بين صحيح القيمه الثانيه

و معيبها و يؤخذ من أصل الثمن بنفس نسبه التفاوت و هكذا، ثم يجمع ما أخذ من الثمن و يقسم على عدد القيم يخرج المطلوب، فاذا فرض أن الثمن (١٢) درهما فلو قوم فى التقويم الاول الصحيح ب (١٥) و المعيب (١٠) تكون النسبه هو الثلث (۴)، و فى التقويم الثانى قوم الصحيح ب (٢٠) و المعيب ب (١۵) تكون النسبه هو الربع (٣)، و فى التقويم الثالث قوم الصحيح ب (٢۵) و المعيب ب (٢٠) تكون النسبه هو الخمس (۵/ ٢٢) درهمان و خمسا درهم يكون المجموع (۵/ ٩٢) تسعه خمسا درهم، ثم يقسم على الثلاثه تكون النتيجه ٣ و ثلثا خمس.

ثم التنصيف اما لأجل الجمع بين الحقين و اما لأجل الجمع بين البينتين، أما على الاول فلا وجه لملاحظه قيمه الصحيح و المعيب، اذ الحق دائر أمره بين الكسور فلا بد من تنصيف الكسور، و اما يكون لأجل الجمع بين الدليلين.

و عليه ان قام الدليل من الاول على نفس ما به التفاوت فالامر أيضا كذلك و ان قام على القيمه فالمدلول الالتزامى أيضا تلك النسبه، فان المناط ابتداء و ان كان بالمدلول المطابقى لكن التقويم مقدمه لتعيين ما به التفاوت فلا بد من رعايته.

[القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها]

اشاره

أقول:

يقع الكلام فى جهات:

الجهه (الاولى) فى معنى الشرط،

ففى القاموس انه الزام الشى ء و التزامه فى البيع و غيره، قال المصنف قدس سره: ان ظاهر هذا الكلام كون استعماله

...

فى الالزام الابتدائى مجازا أو غير صحيح، لكن لا اشكال فى صحته لوقوعه فى الاخبار كثيرا، و اشتراط المعنوى أولى من المجاز.

أقول: ان الروايات التى تمسك الشيخ بها بعضها مخدوش من جهه السند الا أن فى صحيحه «١» أيوب بن نوح أطلق الشرط على النذر، و هو التزام ابتدائى و لكن غايه ما يستفاد منها تطبيق الامام الشرط على المورد، و هو لا يدل على الحقيقه، فلا يستفاد منه أنه أريد منه كل التزام ابتدائى.

قال المصنف قدس سره فى المقام ما حاصله: ان الشرط يطلق فى العرف على معنيين: أحدهما المعنى الحدثى و هو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شارط و ذلك مشروط، ثانيهما ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظه أنه يلزم من وجوده الوجود أم لا، و هو بهذا المعنى اسم جامد و لذا الشارط و المشروط ليسا بمتضايفين بخلاف المعنى الاول. و أما استعماله فى الجمله الواقعه عقيب أدوات الشرط فهو اصطلاح خاص فى ألسنه النحاه. و كذا استعماله فيما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده الوجود فهو اصطلاح خاص فى ألسنه أهل المعقول.

و التحقيق أن يقال: ان الشرط له معنى واحد، و هو ارتباط احد الامرين بالاخر بحيث اذا انتفى المرتبط اليه انتفى المرتبط.

غايه الامر قد يحصل الارتباط بجعل الشرع و أخرى بجعل العرف و ثالثه بجعل شخص خارجى و رابعه بحكم العقل، و اطلاقه بجزء العله فى بعض الموارد يكون بالتسامح، و هذا لا يوجب تغاير معناه بل له

معنى واحد كما عرفت.

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۵) الباب (۲) من ابواب.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۶

قوله: الكلام فى شروط صحه الشرط و هى أمور (۱).

ان قلت: انه لا معنى لجعل الارتباط بحكم العقل، فان العقل مدرك الارتباط لا حاكم عليه، فان الارتباط بين العله و المعلول واقعى.

قلت: المراد من حكم العقل دركه، بمعنى أن الارتباط بينهما لا يدركه الا العقل.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن الشرط بالتحريك بمعنى العلامه و الدون و الشريف فيقال اشراط الغنم أى رذلها و شراط الناس أى أشرافهم فهو من الاضداد.

و فصل السيد اليزدى قدس سره بينما لو كان الشرط من قبيل الافعال و ما لو كان من قبيل الاوصاف، ففى الاول يكون بنحو الالتزام و فى الثانى بنحو التقييد.

و فيه: انه لا معنى لهذا التفصيل و جعل التقييد فى مقابل الالتزام لا يرجع الى محصل الا أن يرجع الى التعليق، فهو باطل. هذا تمام الكلام فى الجهه الاولى.

الجهه الثانيه فى شروط صحه الشرط،

اشاره

و هى أمور:

الشرط (الاول) أن يكون داخلا تحت قدره المكلف،

اشاره

فلا يصح اشتراط ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه. و الشرط اما أن يكون فعلا لأحد المتعاقدين أو يكون فعلا لثالث أو

وصفا حاليا أو استقباليا و اما يكون بنحو شرط النتيجه.

لاـ شبهه فى أنه لو كان الشرط فعل أحدهما يلزم أن يكون مقدورا و لو بالتسبيب كما فى الافعال التوليديه و الا يلزم لغويه الشرط، و هل يلزم الظن بالامكان؟

الظاهر لا بل مجرد احتمال الامكان يكفى.

و ما يمكن أن يستدل على الفساد أمور:

اشاره

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۷

...

الاول – الاجماع.

و فيه منعه لوجود المخالف فيه، و ثانيا انه محتمل المدرك لإمكان كون بعض الوجوه المتصوره دليل المجمعين.

الثانى – ان القدره على التسليم شرط فى صحه البيع،

فالمبيع يكون مقيدا بالشرط، فاذا لم يكن الشرط مقدورا للعاقد لم يكن قادرا على تسليم المبيع اذ انه أخذ متصفا به.

و فيه: أولاـ انا لاـ نتصور معنى معقولاـ لتقييد الجزئى الخارجى، غايه الامر يرجع الى الاشتراط و هو يوجب الخيار لا الى تقييد البيع.

و ثانيا: انه لا مدرك لاشتراط القدره على التسليم الا لزوم الغرر، و فيه ما عرفت منا أنا ناقشنا فى كون الغرر مبطلا للبيع، و ثانيا انه يمكن فرض عدم لزومه فى بعض الموارد، كما اذا كان المبيع أعواد من الشخاطه مثلا فانه لا يلزم من عدم تسليمه خطر عند العقلاء أو يحصل الوثوق بتسليمه بدون الاشتراط.

و ثالثا– ان اشتراط القدره على التسليم لا يرفع الغرر فى صوره لزومه، لأنه مجرد التزام و هو غير كاف لرفع الغرر.

(الثالث) انه معامله سفهيه و هى باطله.

و فيه: أولا- منع كونه سفيها لا مكان ترتب غرض عليه، و ثانيا منع كون المعامله السفهيه باطله. و التحقيق أن يقال كما قلنا آنفا: ان الشرط اما أن يكون فعلا لأحد المتعاقدين أو فعلا ثالث و اما أن يكون وصفا حاليا او استقباليا و اما أن يكون من شروط النتيجه، و أما اذا كان فعلا لأحد المتعاقدين فلا اشكال فى لزوم كونه مقدورا لا للوجوه المذكوره، فانها مخدوشه كما عرفت، بل لعدم صدق الالتزام فيما اذا كان الشرط غير مقدور.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۸

...

و لا مجال لان يقال: ان المقصود الاصلى فى المقام جعل الخيار، و لا مانع أن نربطه بأمر غير مقدور.

لأنه يقال: ان الغرض من الاشتراط الزام الطرف الاخر بالعمل به، و اذا لم يكن مقدورا كان لغوا اذ لا يمكن الوفاء به، و الخيار فى المقام عباره عن

الزام المشروط عليه العمل بما التزم، فلا بد من تصحيح الالتزام فى الرتبه السابقه كى يكون المشروط عليه ملزما بالعمل به، و قد عرفت استحالته.

هذا كله اذا كان الشرط فعلا لأحد المتعاقدين، و أما اذا كان فعلا لثالث فاما يكون مرتبطا بالمشروط عليه و اما أجنبى عنه، و على الثانى ذهب السيد الى بطلان الشرط لكونه سفهيا.

و فيه: أولا انه لا نسلم كونه سفهيا، و ثانيا لو سلمنا كونه سفهيا الا أنه لا يوجب بطلانه، و ثالثا انه على فرض تسليم كون الشرط باطلا يثبت الخيار به على القول بعدم كون شرط الفاسد مفسدا للعقد على ما سيجى ء.

و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: انه لو كان المقصود بهذا الشرط جعل الخيار عند التخلف فلا مانع من الصحه و لكن مرجع هذا الشرط جعل الخيار على تقدير كذائى، و ان كان المراد الزام الغير بالفعل الكذائى فالظاهر هو البطلان لعدم ما يقتضى الصحه. و على الاول- و هو ما كان الشرط مرتبطا بالمشروط عليه- فاما يكون الفعل المشروط تحت اختياره أم لا، و على الاول لا اشكال فى صحته فانه فى الحقيقه يكون الشرط على المشروط عليه، اذ لا فرق بين فعله المباشرى و التسبيبى. و أما على الثانى فالظاهر بطلان الشرط و ان حصل الوثوق بحصوله، لأنك عرفت أنه لا يتحقق الالتزام فيما اذا كان الفعل غير مقدور.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۹

...

و ما أفاده السيد اليزدى بأن الشرط فى هذه الصوره بمعنى التقييد لا الالتزام على الوجه الذى قررناه سابقا. يرد عليه أن تقييد الجزئى الخارجى لا يرجع الى محصل، الا أن يقال ان مرجع ذلك الى الوصف و سيجى ء الكلام فيه.

هذا

تمام الكلام فيما اذا كان الشرط فعلا لثالث، و أما اذا كان الشرط وصفا للمبيع فنقول: ان الوصف الاستقبالى فى المقام كالحالى، فانه يصح الالتزام به اذا حصل الوثوق بحصوله، و أما اذا لم يحصل ذلك فعلى القول بكون الغرر مبطلا- كما عليه المشهور- يكون البيع باطلا. و أما على المختار لا دليل على بطلانه الا أن يدعى قيام الاجماع بذلك. هذا تمام الكلام فى شرط الفعل.

و أما اذا كان الشرط متعلقا بالنتيجه كقوله «بعتك هذا الدار بشرط أن يكون عباءك ملكى» فتاره يكون مرجع الشرط الى أن الملكيه توجد بنفس هذا الشرط، و أخرى بسببها الواقعيه، و ثالثه تكون موجوده بلا سبب.

أما على الاول فيشترط فى صحته كون المشروط مما يكفى فى تحققه كل سبب حتى الشرط، و أما اذا لم يكن كذلك بل كان السبب مشروطا بقيد كالطلاق مثلا فيكون الشرط فاسدا، و يدخل فى البحث المعروف و هو أن الشرط الفاسد يكون مفسدا أم لا. و أما اذا كان المقصود منه أن يوجد المشروط بسببه الواقعى فمرجع ذلك الى شرط الفعل، و الكلام فيه الكلام فيه. و أما اذا كان المقصود منه أن يوجد بنفسه بلا سبب، فهو باطل لكونه خلاف الكتاب و السنه.

تذنيب يذكر فيه أمران:

(الاول) لو اشترط فى ضمن العقد فعلا على الغير،

كأن يقول «بعتك و اشترطت على زيد أن يخيط لى ثوبا» و هو قبل ذلك الشرط هل يكون نافذا أم لا؟ الظاهر نفوذه لكونه شرطا ضمنيا و ان لم يكن العقد للمشروط عليه، لكن لو فرض عدم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۷۰

قوله: الثانى أن يكون الشرط سائغا فى حد نفسه (۱).

العمل به هل يترتب عليه الخيار أم لا؟ قال السيد عدم الخيار للمشروط له مع اعترافه بصحه

الشـرط. و فيه ان عدم الخيار مع صـحه الشـرط جمع بين المتنافيين لان الشرط ارتباط أحد الامرين بالاخر، فان المربوط اما أصل العقد أو الالتزام، به، فعلى الاول يكون تعليقا باطلا فيتعين الثانى، فلا معنى لإنكاره مع صحه الشرط.

(الثانى) هل ان القدره الواقعيه شرط فى صحه الشرط أم تكفى القدره الظاهريه؟

و الظـاهر هو الاـول، فعلى تقـدير وجودها يكون الشـرط صـحيحا و على تقـدير عـدمها باطلا، و لا وجه لقول السـيد حيث ذهب بكفايه القدره الظاهريه فى بعض الصور.

[الشرط الثانى أن يكون الشرط سائغا فى حد نفسه]

أفاد الشيخ أنه لا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا و نحوه من المحرمات، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم.

و أورد عليه النائينى قدس سره: بأن ذكر هذا الشرط مستدرك لإرجاعه الى اشتراط القدره، فان الممتنع شرعا كالممتنع عقلا.

و فيه: أن أحـد الشـرطين لا يغنى من الاخر، فان المناط فى ذلك الشـرط عباره عن عـدم امكان تعلق الالتزام بفعله، و مع القـدره العقليه لا مانع من الالتزام كما أنه لا مانع من تعلق التكليف، لكن مع ذلك لا وجه لهذا الشـرط بعد ذكر الشـرط الآتى، و هو أن لا يكون خلاف الكتاب و السنه.

ان قلت: ان منشأ هـذا الاـشتراط أنه يقع التعارض بين دليل الشـرط و بين ذلك الحرام، فيتساقطان بالتعارض فلا يبقى دليل على وجوب العمل بالشرط.

قلت: أولا لا تعارض بين الادله الاوليه و الثانويه بل الثانيه مقدمه عليها

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۷۱

قوله: الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا أو بالنظر الى خصوص المشروط له (۱).

عنـد العرف. و ثانيـا انه على تقـدير التعـارض يقـدم دليـل وجوب الوفـاء عليه للغويته لو لاه، فانه لو لم يقـدم دليل وجوب الوفاء يكون لغوا، اذ فى مورده امـا يكون ذلـك الاـمر حرامـا أو جـائزا أو مكروهـا أو مسـتحبا، و يبقى تحته الواجب فقط فيكون دليل الشرط لغوا، اذ لو لاه يكون ذلك واجبا بدليله.

[الشرط الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا أو بالنظر الى خصوص المشروط له]

و فيه: لا دليل على اعتباره بعد انعقاد الاطلاق لدليل وجوب الوفاء بالشرط.

ان قلت: يقع مقدار من الثمن فى مقابل الشرط، و مع عدم كونه عقلائيا يكون اكلا للمال بالباطل.

قلت: ان ما ذكر يتوقف على تجزئه الثمن بين العين و الشرط، و الحال أن الشرط لا يكون موزعا عليه الثمن،

و على تقدير توزيعه عليه أيضا لا يتم ما ذكره لان الباء فى كلمه «بِالْبَاطِلِ» سببيه، و لذا لا يشترط فى المبيع أن يكون له ماليه.

ان قلت: يلزم من ذلك كون البيع سفهيا.

قلت: فليكن كذلك و لا دليل على بطلانه.

ان قلت: ان دليل الشرط منصرف عن الشرط الذى لا يترتب عليه غرض معتد به.

قلت: انه مجرد ادعاء و دون اثباته خرط قتاد.

ان قلت: انه اذا لم يعتبر فيه أن يكون فيه غرض معتد به عند العقلاء فلا يتحقق ضرر فيما اذا خالف المشروط عليه فى العمل بالشرط فلا يتحقق الخيار.

قلت: ان المدرك فى المقام ليس دليل نفى الضرر حتى يرد ما قيل، بل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۷۲

...

انه دليل لفظى كقوله «المؤمنون عند شروطهم» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، و هو يدل على وجوب الوفاء بالشرط سواء كان فيه غرض معتد به عند العقلاء أم لا؟

ثم قال المصنف قدس سره: لو شك فى تعلق غرض صحيح به حمل عليه.

و قد وجه ذلك المحقق الايروانى بقوله: حملا لفعل المسلم على الصحه.

و لكنه لا يمكن المساعده عليه، لان دليل الحمل لو كان ما ذكره لكان ذلك مختصا بالمسلم لكونه مأخوذا فى موضوع الدليل، و الحال ان البحث عام، هذا أولا و ثانيا ان حمل فعل الغير على الصحه له معنيان ترتيب أثر الصحه عليه و عشره حسنه، فلا يمكن الحمل على أحدهما الا بالقرينه أيضا، و لا يمكن التمسك بدليل وجوب الوفاء لأنه تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و لا وجه لما أفاده الايروانى بأنه لا مانع من التمسك بالعام، لعدم كون المخصص دليلا لفظيا مانعا عن العموم. لأنه قد حقق فى محله أن التمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه

غير صحيح، سواء كان المخصص دليلا لفظيا أو لبيا، فان المخصص العقلى أيضا يوجب تعنون العام، و مع ذلک كله الحق أنه لا مانع من حمل فعل الغير على الصحيح، بمعنى أنه لو شک فى اجتماع الشرائط فى عقد يحمل عليه.

و منها: فى حكايه بريره لما اشترتها عائشه و شرط مواليها عليها ولاها «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب اللّه، فما كان من شرط ليس فى كتاب اللّه عز و جل فهو باطل، قضاء اللّه أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق» بتقريب أن المراد من الشرط الولاء لمن أعتق و ليس له أثر فى كتاب اللّه نفيا و اثباتا، فيكون المراد من الكتاب هو الكتاب التشريعى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۷۳

...

و فيه: أولا- الاشكال فى سندها فانها وردت من طريق العامه، و ثانيا انه يمكن أن الرسول الاعظم «ص» يعرف من القرآن، فانه الخبير بمواقع استفاده الاحكام منه.

ان قلت: كيف يصح التوبيخ على ما لا طريق للعامه اليه و غير ظاهر لهم، فلا بد من أن يكون المراد منه الكتاب التشريعى. و فيه: ان الوظيفه رجوع الجاهل الى العالم و السؤال عنه، فالتوبيخ على العمل بلا- سؤال، و الا- فمن الظاهر أن استفاده احكام الهيه مختصه بهم، و لو كان معرفه القرآن أمرا ممكنا فما الفرق بين العالم و الجاهل. اضف الى جميع ذلک أنه ورد فى بعض «۱» الروايات لفظ «السنه» و من الظاهر أن التقابل بين الكتاب و السنه دليل آخر على كون المراد من الكتاب القرآن، فانه عليه السلام قال فى الجواب: خالفت السنه. و الحاصل ان الظاهر أن المراد بالكتاب هو القرآن، و لا دليل لرفع

اليد عن هذا الظهور.

[الشرط الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه]

ثم انه هل المعتبر فى الشرط موافقه الكتاب أو عدم المخالفه، الظاهر هو الثانى، و ذلک لأنه لو كانت الموافقه مع الكتاب شرطا يلزم فساد أكثر الشروط حتى اشتراط تعليم القرآن، اذ ليس فى الكتاب آيه تدل على هذا المعنى. مضافا الى امضاء جمله من الشروط فى الروايات «۲» و الحال أنه ليس فى القرآن عليها دليل.

و لا يخفى أن مفاد الروايات مختلف، فمنها ما يكون المستفاد منه اشتراط الموافقه، و منها ما يستفاد منه أن الميزان بعدم المخالفه، و مع التعارض يتساقط

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۴) الباب (۲۹) من أبواب المهور، الحديث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء (۱۴) الباب (۲۰) من أبواب المهور، الحديث (۴) و الباب ۲۰ حديث ۱.

...

الكل عن الاعتبار، فيكون عموم صحه الاشتراط محكما. و بعباره أخرى نقول:

كل خبر ورد فيه كلا العنوانين كما هو المستفاد من بعض «۱» الروايات لا يستفاد منه اشتراط صحه الشرط بالموافقه، اذ لكل عنوان منهما مفهوم و مفهوم كل يعاند الاخر فيسقطان عن الاعتبار.

و ما أفاده الايروانى من أنهما مثبتين. ليس تاما، فانه فى مقام التحديد و الحد له المفهوم، فلا بد من ملاحظه ما ذكر فيه أحد العنوانين فيه وحده، كصحيحه الحلبى عن ابى عبد اللّه عليه السلام فقال: ان رسول اللّه «ص» قال: من شرط سوى كتاب اللّه عز و جل لم يجز ذلک عليه و لا له «۲». و الالتزام بأن سوى كتاب اللّه ظاهر فى المخالفه- كما فى كلام الايروانى- غير سديد.

و هذه الروايه ذكرت فى الوسائل بهذا النحو تاره و أخرى بقوله «من شرط لامرأته شرطا سوى كتاب اللّه عز و جل لم

يجز ذلك عليه و لا له» «۳». و على هذا تكون الروايه فى مورد خاص، و لو دار الامر بين الزياده و النقيصه يقدم احتمال الزياده كما هو الميزان، و أما اذا كانت الروايه متعدده فيقع التعارض بين ما ليس فيه قيد لامرأته مع قوله «المسلمون عند شروطهم الا شرطا خالف كتاب اللّه عز و جل» فلا يجوز «۴»، و حيث أن النسبه بالعموم و الخصوص المطلقتين لا بد من تخصيص هذه الروايه بتلك الروايه، فيكون الحاصل اشتراط موافقه الكتاب، و لكن لا يمكن الالتزام بهذا المعنى.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۴) الباب ۴۰ من أبواب المهور، الحديث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء (۱۵) الباب ۱۸ من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ۱.

(۳) الوسائل، الجزء (۱۵) الباب ۱۳ من ابواب مقدمات الطلاق الحديث ۱.

(۴) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۶ من أبواب الخيار الحديث ۲.

...

نعم لا بأس بان يقال: بأن الموافقه تكفى و لو بأن يكون الشرط موافقا لعام أو مطلق للكتاب، فان اشتراط شرب الماء مثلا يكون موافقا للكتاب، حيث أن قوله «إِلّٰا أَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ» يشمله، لكن على هذا المعنى يرد على المصنف أنه لا وجه لإرجاع الموافق الى عدم المخالف. و أيضا يشكل الامر فى اشتراط الجلوس مثلا فى مكان فلانى، فان الجلوس ليس قابلا للبيع و التجاره بناء على أن التجاره عباره أخرى عن البيع.

و أما قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فقد ذكرنا بأنه دليل اللزوم لا الصحه، الا أن يقال بعدم الفرق بين الموارد، فان أكل الخبز اذا كان جائز الاشتراط لدلاله الكتاب على جوازه فيجوز اشتراط الشرب و الجلوس بالضروره. فلاحظ.

ثم ان المراد بالمخالف المخالف للملتزم به أو

الالتزام أو الجامع بين الامرين، اختار المصنف الجامع بين الامرين ثم أورد على نفسه: بأن التزام ترک المباح لا ینافی اباحته، فاشتراط ترک التزویج لا ینافی الکتاب. و أجاب عن الاشکال:

أولا- بأن التزام ترک التسری و ان لم یکن مخالفا للکتاب الا أن الالتزام بفعل المحرم یخالف الکتاب فیکفی للعموم، مضافا الی أن حدیث العیاشی صریح فیما ذکرنا، فانه علیه السلام حکم ببطلان الشرط و استشهد بقوله تعالی «وَ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُکُمْ».

و یرد علی ما أفاده: أولا- انه یتوقف علی اراده الجامع و هو بلا- شاهد، و ثانیا ان الالتزام بالمحرم لیس محرما آخر، و ثالثا ان الروایه ضعیفه بالارسال.

و الحق أن یقال: ان مقتضی الظاهر أن الشرط عباره عن الالتزام، و کونه مخالفا أو موافقا للکتاب باعتبار متعلقه. نعم ربما یکون نفس الالتزام حراما مضافا الی أن تعلق الوجوب یصح باعتبار الالتزام، فان المؤمن عند التزامه أی لا

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۷۶

...

ینفک عنه لا- عن فعله، کما أنه لو کان مورد الالتزام أمرا وضعیا کملکیه الدار الفلانیه یکون مقتضی الانفاذ ذلک الامر الاعتباری أی المؤمن، أو المسلم لا- ینفک عن اعتباره، مضافا الی أن المحرم عباره عن الالتزام لا نفس الفعل، فان الحرمه من جهه تحقق التحریم تعرض الفعل. و بعباره أخری: التحریم فی الرتبه السابقه علی الفعل.

بقی فی المقام شی ء، و هو أنه یتراءی التعارض بین الطائفتین من الروایات، فان احداها «۱» تدل علی فساد شرط عدم التزویج و الثانیه «۲» تدل علی الجواز، فلا بد من علاج التعارض فنقول: ان الحق تقدیم ما دل علی الجواز، و ذلک لعدم صحه سند ما دل علی المنع.

هذا أولا، و ثانیا علی فرض

صحه السند نقول: كليهما موافق للكتاب، فان ما دل على الجواز موافق لجواز النكاح و ما دل على عدم الجواز موافق لوجوب الوفاء بالعقد، و فى هذا التعارض يؤخذ بما دل على الجواز، لعموم قوله «المؤمنون ... » الخ. مضافا أنه يمكن أن يقال: ان الدال على الجواز موافق للكتاب دون الاخر، لان ما دل على الجواز دال عليه بالعنوان الاولى، و وجوب الوفاء بالعقد عنوان ثانوى، و لا معارضه بين العنوان الاولى و الثانوى.

و أما الروايات «٣» الداله على الفساد فالمستفاد منها أن تعليق الطلاق على التزويج و التسرى باطل، فهذا على القاعده فان للطلاق سببا خاصا لا يتحقق الا بذلك السبب، و خلافه شرط خلاف المقرر الشرعى فيبطل.

---

(١) الوسائل، الجزء (١٥) الباب (٢٠) من أبواب المهور، الحديث (١).

(٢) الوسائل، الجزء (١٥) الباب (٢٠) من أبواب المهور، الحديث (٢).

(٣) الوسائل، الجزء (١٥) الباب ٣٨ من أبواب المهور.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ٣٧٧

...

ثم الشيخ قدس سره بعد ما بنى على شمول الشرط للالتزام و الملتزم به، وجه على نفسه اشكالا و تصدى لدفعه، اما الاشكال فهو أنه لا شبهه فى جواز شرط الفعل المباح و تركه على المشروط عليه- كما لو شرط على غيره ترك شرب الماء أو فعل الجلوس و نحوهما- فان الالتزام بترك الشرط مخالف للكتاب فلا يجوز، و الحال أنه لا شبهه فى جوازه.

و اما الدفع فان العناوين التى تعلقت بها الاحكام على قسمين: اذ تاره يكون من العناوين الاوليه التى تتغير بتعلق العنوان الثانوى، و أخرى يكون العنوان بحيث لا يكون قابلا للتغيير. أما العناوين المباحه المكروهه و المستحبه من قبيل الاول و العناوين المحرمه و الواجبه من قبيل الثانى،

فيرتفع الاشكال، فالميزان الكلى لجواز الشرط أن يكون مورده من العناوين الاوليه، و لعدم الجواز أن لا يكون كذلك، فان المحرم و الواجب لا يتغيران عماهما عليه الا من ناحيه الضرر و الحرج.

ثم وجه اشكالا آخر، و هو أنه نرى أن بعض الشروط من قبيل الاول كعدم التزويج و مع ذلك حكم بعدم صحته. و دفع الاشكال بأنه اما نقول يفهم من الروايات أنه من قبيل القسم الثانى الذى لا يتغير، لكن يبعده الاستشهاد بالكتاب بحيث يفهم أنه ميزان كلى، و اما نقول بأن الوجه فى عدم الصحه أنه علق الطلاق على التسرى و الحال أن الطلاق له سبب خاص.

و أفاد بأن هذا الحمل بعيد، و لكن يشهد له بعض الاخبار حيث دل على جوار اشتراط عدم التزويج و التسرى و الامام عليه السلام حكم بوجوب الوفاء، فيعلم أن الممنوع جعل التسرى أو التزويج سببا للطلاق.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۷۸

...

و يرد عليه أنه: أى فرق بين الحكم الجوازى الجامع بين الاحكام الثلاثه و الحكم الالزامى، بأن يقال: ان الاول يتغير بالعنوان الثانوى و الثانى لا يتغير.

و لكن على ما سلكناه لا يتوجه الاشكال علينا، اذ الشرط اما يكون عباره عن خلاف جعله بأن يقال بعتك بشرط عدم وجوب الصلاه، و اما يكون الشرط عباره عن الالتزام بأمر من فعل كشرب الخمر أو اعتبار كالالتزام بملكيه دار فلان، و اما يكون الشرط تحقق أمر بلا سبب أو بسبب مخالف للمقرر الشرعى. أما على الاول فلا يصح، لا لأنه شرط خلاف الكتاب بل لانقضاء المعلق مع انتفاء المعلق عليه، فحيث أن البيع معلق على عدم وجوب الصلاه فلا يتحقق، لان الصلاه واجبه. و أما على

الثانى فان كان متعلق الالتزام فعل حرام فلا يصح، لأنه يصدق أنه شرط خلاف الكتاب، و ان كان المتعلق جهه اعتبار فان كان له سبب خاص كالطلاق فلا يصح لأنه خلاف المقرر الشرعى، و ان لم يكن له سبب خاص يتحقق.

و أما على الثانى فأيضا لا يصح لعدم وجود المعلق عليه. نعم فى مثل هذه الموارد لو علق الخيار على الشرط يتحقق الخيار طبعا.

أفاد المصنف: ان بعض مشايخنا المعاصرين بعد ما خص الشرط المخالف للكتاب الممنوع عنه فى الاخبار بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب و ان التزام فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلك الاخبار، ذكر أن المتعين فى هذه الموارد ملاحظه التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط، و يرجع الى المرجحات.

و ذكر أن المرجح فى مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع. قال: و ما لم يكن فيه مرجح يعمل فيه بالقواعد و الاصول، و فيه من الضعف ما لا يخفى.

أقول: لعل يكون الوجه لضعف كلامه انه بناء على ما ذهب اليه يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۷۹

...

المستثنى منقطعا، فانه ليس قابلا للوفاء لو كان الشرط بهذا المعنى. و يمكن أن يكون وجه الضعف أن الادله الثانويه لا يعارضها الادله الاوليه بل تقدم عليها بالحكومه.

و استشكل عليه الشيخ بعد قوله «و فيه من الضعف ما لا يخفى» أن اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط بل عدم صحته فى جميع موارد عدم الترجيح لان الشرط ان كان فعلا يجوز تركه كان اللازم الرجوع الى أصاله عدم وجوب الوفاء عند التعارض، و ان كان فعل محرم أو ترك واجب

وجب الرجوع الى أصاله الوجوب الثابت قبل الاشتراط.

و قال: التحقيق من أن الاحكام المذكوره فى الكتاب و السنه ما يقبل التغير بالشرط لتغير عنوانه كأكثر ما ترخص فعله و تركه، و منها ما لا يقبله كالتحريم، و أدله الشروط حاكمه على القسم الاول دون الثانى، فان اشتراطه مخالف للكتاب.

و فيه: انه لا وجه لما ذهب اليه الشيخ من التفصيل بين الاحكام الترخيصيه و الالزاميه. و الحق فى المقام ما تقدم آنفا بأن العرف لا يرى تنافيا بين الادله الاوليه و الثانويه، بل الثانى مقدم على الاول كما هو واضح.

ثم قال: و مما ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعيه الى قسمين يظهر لك معنى قوله عليه السلام فى روايه اسحاق بن عمار المتقدمه «المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او أحل حراما» «١»، فان المراد بالحلال و الحرام ما كان حراما لا يقبل التغير حتى مع الاشتراط كشرب الخمر و عمل الخشب صنما و غيرهما، أما ما كان حلالا لو خلى و طبعه فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه الا تغير عنوان الحلال

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ۶ من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸۰

...

و الحرام الموجب لتغير الحل و الحرمه، فلا يكون حينئذ تحريم حلال و لا تحليل حرام.

ثم قال: و للمحقق القمى هنا تقريب آخر، و هو أن الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس القاعده، و هو تعلق الحكم بالحل أو الحرمه ببعض الافعال على سبيل العموم من دون النظر الى خصوصيه فرد، فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلى، و كذا حليه المبيع، فالتزوج و التسرى أمر كلى حلال و التزام

ترکه مستلزم لتحریمه، فالمراد من تحلیل الحرام أو تحریم الحلال المنهی عنه هو أن یحدث المشترط قاعده کلیه و یبدع حکما جدیدا، و قد أجیز فی الشرع البناء علی الشروط الا شرطا أوجب ابداع حکم کلی جدید مثل تحریم التزوج و التسری. الی أن قال: و فیما لو اشترطت علیه أن لا تتزوج بفلانه خاصه اشکال، و قد أفاد بعد نقل کلامه:

و للنظر فی مواضع من کلامه مجال واسع.

و لا یبعد أن یکون وجه النظر فی کلامه أمور:

الاول: الفرق بین الامر الکلی و الجزئی، فان الحکم و ان کان متعلقا بالطبیعه لکن لا شبهه فی انحلاله بحسب تعدد الافراد الخارجیه، فان الخمر حرام علی نحو الکلی لکن فی کل مورد تحقق الخمر یکون شربه حراما، فما الوجه فی التفصیل؟.

الثانی: انه ما الفرق بین تحریم الحلال و تحلیل الحرام، و أی فرق بین الامرین فان تحریم الحلال فی الجمله اذا لم یصدق علیه أنه تحریم للحلال فیکون الشرط صحیحا فما الوجه فی فساد اشتراط الحرام کشرب الخمر فی الجمله.

الثالث: انه استشکل فی اشتراط عدم التسری بفلانه خاصه، و الحال أنه

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۸۱

...

لا وجه لهذا الاشکال علی مسلکه، فانه ما الفرق بین الفقرتین. فما أفاده قدس سره مع أنه غیر تام فی نفسه لا یدفع الاشکال، کما أن ما أفاده المصنف من التفرقه بین أدله الواجب و الحرام و بین أدله بقیه الاحکام الثلاثه لیس علیه دلیل فان اطلاق الدلیل ان کان تاما فتام فی تمام الاحکام و ان لم یکن اطلاق فکذلک فالتفرقه بلا وجه.

و الحق أن یقال: ان اشتراط ترک الجائز أو فعله لا یکون تحریما للحلال فان ترک الحلال أو

فعله مع العزم لاـ يكون تحريمـا بـل عزم على أحـد طرفى المبـاح فـان من عزم على عـدم شـرب الشـاى لاـ يصـدق عليه أنه حرم الحلال. نعم لو اشترط فى ضمن العقد حرمه الحلال يصدق أنه حرم الحلال فلا يصح.

ان قلت: كما فى كلام الشـيخ ان الشرط لا بد أن يكون قابلا للوفاء، و تحريم شى ء يكون أمره بيده الشارع و ليس بيد العبد و لا يكون تحت قدرته، فلا معنى لاشتراطه فانه لا يتعلق به وجوب الوفاء.

قلت: تـاره يشترط أن يكون حراما شـرعيا فالاشـكال متوجه، و أخرى يجعل الحرمه من عنـد نفسه و لو مع الغفله عن كونه حراما فى الشـريعه أو مع الجهل، كما لو وقع هـذا الاشتراط فى كلام من لا يكون متـدينا بـدين و يكون ملحـدا فانه يصدق أنه حرم ما حلله اللّه.

و ان أبيت عن صـدق هـذا المعنى فى التكـاليف فلاـ شـبهه فى صـدقه فى الوضـعيات كمـا لو جعل و اعتبر فى النكاح عـدم أمر الطلاق بيد الزوج على خلاف كون الطلاق بيد من أخذ بالساق. مضافا الى أنه لنا نقول: ان مثل هذا الشرط يبطل بعنوانين:

أحدهما من جهه كونه محللا للحرام، ثانيهما من جهه عدم امكان تعلق القدره به.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸۲

قوله: الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد (۱).

اذا عرفت هـذا نقول: لو اشترط فعل الحرام أو ترك واجب يكون باطلا لأنه خلاف الكتاب و السـنه، و لو اشترط حرمه أمر جائز أو اشترط جواز أمر حرام كما لو اشترط حرمه شـرب الماء أو عـدم كون الطلاق بيد الزوج يكون باطلا لأنه تحريم للحلال، و لو اشترط فعل واجب أو ترك محرم أو فعل مباح

أو تركه يصح الشرط بلا كلام.

أضف الى ذلك كله أن الروايه المتضمنه لهذه الجمله ضعيفه سندا.

بقى شى ء، و هو أنه ذكر السيد فى الحاشيه بأنه لو اشترط فعل مباح أو اشترط تركه أو ترك المستحب أو المكروه، لا يصح لأنه يصدق عليه أنه تحريم للحلال، مضافا الى أنه يؤيده أو يدل عليه ما ورد من عدم جواز الحلف على ترك شرب العصير معللا بأنه من تحريم الحلال.

و ما أفاده قدس سره غير تام، فان العزم على ترك الحلال مده العمر لا يصدق عليه تحريم الحلال فيشمله دليل صحه الشرط، و أما الروايه فلا دلاله فيها على مدعاه، فان المستفاد منها أن الحلال لا يصير حراما، و هذا أمر لا شبهه فيه.

[الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]

اشاره

أقول: و استدل المصنف على ذلك بوجوه ثلاثه:

الاول- الاجماع.

الثاني- وقوع التنافى فى العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه الذى لا يتخلف عنه و بين الشرط الملزم لعدم تحققه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط، فلا بد اما أن يحكم بتساقط كليهما و اما أن يقدم جانب العقد، و على كل تقدير لا يصح الشرط.

الثالث- ان الشرط المنافى مخالف للكتاب و السنه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸۳

...

و الذى ينبغى أن يقال: يقع الكلام فى مقامات ثلاثه:

اشاره

المقام الاول النظر الى اصل المطلب، المقام الثانى النظر الى كلام الشيخ، المقام الثالث النظر الى الفروع المذكوره فى المقام.

(أما المقام الأول) [النظر إلى أصل المطلب]

فنقول: الشرط اما يكون بنحو اشتراط الفعل و اما يكون الاشتراط بنحو شرط النتيجه، أما لو كان بنحو الفعل فلا بد ملاحظه أن هذا الفعل فعلا أو تركا خلاف للشرع أم لا، فان لم يكن مخالفا يصح بلا كلام، فان الفعل الخارجى أو تركه ليس من مقتضيات العقد حتى يتنافيان بل هو من أحكامه، فلو شرط فى ضمن عقد البيع وقف العين فوريا يصح و يجب الوفاء به، اذ ليس بقاء العين فى ملك المشترى من مقتضيات عقد البيع. و أيضا وقف العين المملوكه ليس مخالفا للشرع، بل أمر راجح. نعم لو اشترط وقف العين لجهه مخالفه للشرع لا يصح لكونه خلاف الشرع.

و أما ان كان بنحو اشتراط النتيجه فتاره يشترط عدم ترتب المقتضى على العقد شرعا، و أخرى يكون مرجع الاشتراط الى قصد نفسه- بأن يقصد الشارط عدم الترتب- أما على الاول فكما لو شرط فى البيع عدم حصول الملكيه الشرعيه فلا شبهه فى بطلان الشرط، لان المقرر الشرعى تحقق الملكيه بالبيع، فان كان هذا الاشتراط لأصل البيع يكون العقد باطلا، لأنه مضافا الى التعليق لا يعقل تحققه، لان المفروض أنه علق البيع على عدم تحقق الملكيه، فاما يتحقق مع حصول الملكيه الشرعيه و اما يتحقق بلا ملكيه شرعيه. أما على الاول فيلزم التنافى بين تبعيه العقود للقصود، فانه كيف يمكن أن يتحقق العقد مع عدم القصد. و اما يتحقق بلا ملكيه شرعيه فهو أيضا أمر غير معقول، فان التحقق لا يجتمع مع عدم الملكيه الشرعيه فيئول الامر الى البطلان. و ان كان هذا

الاشتراط للخيار

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۸۴

...

فالظاهر أنه لا مانع من الصحه مع تحقق الخیار، لان الملکیه الشرعیه تحصل عند اجتماع أرکان البیع.

ان قلت: ان هذا الشرط خلاف الکتاب، و مع عدم الصحه کیف یتحقق الخیار.

قلت: فرق بین الشرط الفاسد و الشرط الذی لا واقع له، فان مقسم الشرط الفاسد و الصحیح فعل المکلف و هذا الذی نحن بصدده لیس من فعل المکلف.

نعم هذا الشرط لا واقع له، کما لو شرط نزول المطر من السماء.

هذا أولا، و ثانیا فرضنا کونه شرطا فاسدا لکن لا وجه للبطلان، فان الشرط الفاسد لا یفسد کما سیجی ء.

و أما لو اشترط فعل نفسه- بأن باع بشرط عدم حصول التملک و الملکیه أو نکح بشرط عدم حصول الزوجیه- فلا شبهه فی الفساد، فان مرجع هذا الامر الی قصد الامرین المتنافیین، و من الواضح عدم امکان تحققه.

هذا فیما یکون المشروط عدم تحقق مفاد العقد، و أما ان کان المشروط اعتبار خلاف الحکم الشرعی- کما لو اشترط حرمه النظر الی الزوجه- فالشرط فاسد، لان مرجعه الی تحریم الحلال، و مثله فاسد لکن العقد صحیح علی المبنی.

(و أما المقام الثانی) و هو النظر الی الوجوه الثلاثه التی استدل به الشیخ

علی أنه یشترط فی صحه الشرط أن لا یکون منافیا لمقتضی العقد، فنقول: أما الوجه الاول منه فهو الاجماع. ففیه ما علمت و لا وجه للإعاده. و أما الوجه الثانی منه فهو وقوع التنافی فی العقد المقید- الی آخر کلامه، فهو لا بأس به. و أما الوجه الثالث منه فهو أن الشرط المنافی مخالف للکتاب و السنه، فنقول: ان هذا الوجه قد تقدم منه قدس سره فی الوجه الرابع و لا وجه

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۸۵

...

للإعاده.

(و أما المقام الثالث) و هو البحث عن الفروع المذکوره فی المتن

اشاره

فنقول:

الفرع الاول: اشتراط عدم البيع، فانه مخالف لمقتضى العقد أم لا؟

و المسأله محل خلاف، فان المشهور ذهبوا الى أنه مخالف لمقتضى العقد فلا يجوز شرطه، و ذهب بعض الى صحته، و هو الحق لعدم كون البيع و عدمه من مقتضى العقد، فان مقتضاه التسلط.

الفرع الثاني: ما ذكره فى الدروس فى بيع الحيوان من جواز الشركه فيه

اذ قال «الربح لنا و لا خسران عليك»، و المستفاد من صحيحه رفاعه صحه الشرط المذكور حيث قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك آخر فى جاريه له و قال ان ربحنا فيها فلك نصف الربح و ان كانت وضعنا فليس عليك شى ء. فقال: لا أرى بهذا بأسا اذا طابت نفس صاحب الجاريه «۱».

و منع ابن ادريس صحه ذلک الشرط لأنه مناف لقضيه الشركه.

أقول: قد عرفت أن مقتضى النص صحه الشرط المذكور، هذا مقتضى النص و اما مقتضى القاعده فنقول: ان للمسأله صورا:

الاولى- ان يشترطا اختصاص الربح بأحدهما و الخسران بالاخر، فان هذا الشرط لا بأس به سواء كان شرط فعل أو شرط نتيجه، و التعليق غير باطل فى المقام، لان دليله لبى و القدر المتيقن منه العقود فلا يشمل الشرط.

الثانيه- ان يشترطا عدم ورود الخسران على أحدهما و كون النفع بينهما فهذا شرط باطل لكونه خلاف مقتضى الشركه، فان مقتضاها ورود الربح و النقصان عليهما بنسبه شركتهما كما تقتضى كون الزياده لهما.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۱۴ من ابواب بيع الحيوان، الحديث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸۶

...

الثالثه- أن يكون هذا الشرط فى عقد الشركه، كآن يمزجا مالهما من الحنطه مثلا، و الكلام فيه كما تقدم و لا وجه للإعاده.

الرابعه- أن يكون الشرط فى عقد آخر، كأن باع ماله من زيد و اشترط بأن يكون مال المشترك بهذا النحو، و الكلام فيه أيضا

كما تقدم.

ثم هل يتعدى

الحكم الى غير الجاريه المنصوصه فى الصحيحه من المبيعات أم لا؟ وجوه، حكى عن الشهيد التعدى الى مطلق المبيع، و ظاهر المختلف فى الشرائع الصحه فى خصوص الحيوان، و عن التنقيح الاجماع على عدم اطراد الحكم فى غير مورد النص.

أقول: ان الجمود على اللفظ يقتضى عدم التعدى، و لكن ذوق الفقاهه يقتضى خلافه.

الفرع الثالث: اشتهر بين العلماء جواز اشتراط الضمان فى العاريه و عدم جوازه فى الاجاره،

بتقريب ان الاجاره لا تقتضى الضمان فيكون اشتراطها منافيا لمقتضى العقد.

و فيه: انه فرق بين عدم الاقتضاء و بين اقتضاء العقد، فان فى الاجاره لا اقتضاء للضمان، اذ ليس اليد يد ضمان، فلا يكون شرط الضمان منافيا لمقتضى العقد. لكن يشكل من ناحيه أخرى، و هو أن اشتراط الضمان يكون خلاف الكتاب و السنه. نعم لو شرط على المستأجر تمليك ما يعادل الخساره بنحو شرط الفعل أو النتيجه لا- يكون فيه بأس كما هو ظاهر. و عليه لا فرق بين أن يشترط الضمان بهذا المعنى بالنسبه الى المستأجر أو بالنسبه الى شخص ثالث أجنبى.

الفرع الرابع: اشتراط عدم اخراج الزوجه من بلدها.

و لا يخفى أن الاخراج ليس مقتضى عقد الزواج، بل مقتضاه كون الامر بيد الزوج، بل كون الامر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸۷

قوله: الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهاله يوجب الغرر فى البيع (۱).

بيده ليس من مقتضاه، فانه من الاحكام. و عليه فلا مانع من أن يشترط لها أن لا يخرجها، كأن يشترط أن لا يأكل الثوم، مضافا الى ورود النص فى المقام.

نعم لو اشترط كون الامر بيدها و باختيارها يكون باطلا، لأنه خلاف الكتاب.

و العجب من السيد اليزدى حيث أفاد: بأنه يصح ما لم يسند الى الشارع، فانه يرد أولا النقض بأنه لو اشترط حرمه الماء بدون الاستناد الى الشارع هل يكون صحيحا. و ثانيا أن كون الامر بيد الزوجه خلاف الكتاب فلا يصح.

الفرع الخامس: توارث الزوجين بعقد الانقطاع،

يتكلم فى هذا الفرع:

تاره فى أن التوارث يثبت مطلقا، أو لا يثبت كذلك، أو يفصل فى صوره الاشتراط و عدمه، و أخرى فى أن هذا الشرط خلاف

مقتضی العقد أم لا- أما الکلام فی الناحیه الاولی فهو موکول الی محله من الارث، و أما من الناحیه الثانیه فالظاهر أنه لیس التوارث و عدمه من المقتضیات، بل اما شرط مخالف أو غیر مخالف.

و ملخص الکلام: انه لیس تشخیص ما یکون من مقتضیات العقد من غیره، مشکوکا و انما الشک فی المخالف للکتاب و عدمه، و مقتضی الاصل عدم المخالفه کما مر.

[الشرط السادس أن لا یکون الشرط مجهولا جهاله یوجب الغرر فی البیع]

أقول: و هو کما اذا قال «بعتک داری بشرط أن تعمل ما فی هذه الورقه» و هو لا یعلم ما کتب فیها. ما یمکن أن یقال فی وجه ذلک أمور:

الاول- الاجماع. و فیه ما لا یحتاج الی التوضیح.

الثانی- المرسله المذکوره فی التذکره: نهی النّبیّ «ص» عن الغرر.

و فیها بارسالها و عمل المشهور بها ممنوع صغری و کبری.

الثالث- قوله: نهی النّبیّ عن البیع الغرر. بتقریب أن الشرط المجهول

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۸۸

قوله: الشرط السابع أن لا یکون مستلزما لمحال کما لو شرط فی البیع أن یبیعه علی البائع (۱).

قمّی، سید تقی طباطبایی، دراساتنا من الفقه الجعفری، ۲ جلد، مطبعه الخیام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفری؛ ج ۴، ص: ۳۸۸

یوجب الغرر فی البیع، لان الشرط فی الحقیقه کالجزء من العوضین.

و فیه: أولا ان الشرط لیس کالجزء، و لذا لا یسقط الثمن علیه. و ثانیا ان جهاله الشرط هل یوجب الغرر فی البیع أم لا؟ هذا أول الکلام و قد أنکره بعض من الاصحاب لکن لا شبهه فی أنه لو کان

الشـرط غرريا يصدق ان البيع غررى. الا أن الروايه ضـعيفه فلا دليل على بطلان الغرر صناعيا، الا ان يتمسک بالتسالم المدعا فى المقام، و هو دليل لبى يـدل على بطلان الغرر فيما اذا كان نفس البيع غرريا، و أما الغرر الحاصل من الشـرط هل يوجب الغرر أم لا فثبوت التسالم فيه غير معلوم.

و أمـا الروايـات الوارده فى المقـام لاـ تـدل على ذلـک، فانهـا تـدل على أن أوصاف المبيع لا بـد أن يكون معلوما و لا تنظر الى الشرائط، فعلى تقدير نظارتها اليها يكتفى على موردها. فتحصل من جميع ما ذكرنا أنه لا دليل على اعتبار هذا الشرط.

[الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال]

ما ذكر فى وجهه أمران:

الاول- أنه مستلزم للدور، لان بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفه على بيعه فيدور.

و فيه: ان المتوقف عليه غير المتوقف عليه، فان المتوقف على الشرط لزوم بيع الاول لا ملكيته حتى يلزم الدور.

الثانى- انه لا يتحقق للبائع قصد جدى عند البيع بالشرط المذكور، و الحال أنه يعتبر فيه.

و فيه: ان الشرط المذكور لا ينافى القصد الجدى بل مؤكد له، و لا يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸۹

قوله: الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد، فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلک فى التزام المشروط به على المشهور (۱).

البيع سفهائيا كما توهم لا مكان ترتب غرض عقلائى عليه.

[الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد]

اشاره

الذى ينبغى فى المقام أن يقع الكلام فى مقامين:

المقام (الاول) أن الشروط الابتدائيه يجب الوفاء بها أم لا؟

فنقول: ان الشـروط الابتدائيه لا يطلق عليها الشـرط، كما علمت تحقيق ذلک فى أول بحث الشرط و قلنا: انه ارتباط أحد الامرين بالاخر فلا يتحقق الا فى ضـمن بيع و غيره، كما نقلناه عن القاموس. نعم أنه لا يستلزم أن لا يكون فى ضمن عقد فقط، فلو صدق

هـذا العنوان يجب الوفـاء به. فعليه لو علق اعطاء درهم بفقراء عنـد مجى ء ابنه يصـدق عليه الشـرط و يترتب عليه حكمه لشـمول دليل وجوب الوفاء له.

ان قلت: انه اذا لم يكن فى ضمن عقد يكون شرطا ابتدائيا.

قلت: انه اذا صدق عليه الشرط يشمله عموم دليل وجوب الوفاء، فان الحكم يترتب بمجرد تحقق عنوان الموضوع.

ان قلت: هذا عباره عن الرعد و لا يجب العمل به بالإجماع.

قلت: أولا انه يجب الوفاء به من باب نفوذ الشـرط لا من باب وجوب الوعـد و ثانيا انه لا نسـلم قيام الاجماع على عدم وجوبه بل ذهب بعض الاعلام الى ذلك و كان السيد الوالد قدس سره ملتزما بالعمل به، و تدل على وجوبه جمله من الروايات:

(منها) صـحيحه شـعيب العقرقوفى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه «ص»: من كان يؤمن باللّه و اليوم الاخر فليف اذا وعد ... «۱».

---

(۱) الوسائل، الجزء (۸) الباب ۱۰۹ من أبواب أحكام العشره. الحديث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۹۰

...

(و منها) صحيحه هشام بن سالم قال: سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول:

عده المؤمن أخاه نذر لا كفاره له «۱».

(و أما المقام الثانى) و هو أنه لو لم يذكر الشرط فى متن العقد لا يجب الوفاء به،

و البحث فيه يقع فى مقامين: الاول ذكر الوجوه المذكوره للمدعى الثانى بيان مقتضى التحقيق.

أما المقام الاول- فما استدل به أمور:

الاول- الاجماع. و فيه ما هو أوضح من أن يخفى.

الثانى- ان الشرط من

أركان العقد، فلا بد من ذكره فى متن العقد. و فيه أنه بمنزله الركن، و ما يكون بمنزله شى ء ليس عينه. هذا أولا و ثانيا لو سلمنا كونه من الركن و لكن لا نسلم وجوب ذكره اذا كان معلوما بالقرينه، و الميزان بصدق العناوين الموضوعه للأحكام.

الثالث- ان الشرط عباره عن ارتباط أحد الامرين بالاخر، فلا بد فى إنشاء العقد المرتبط بالشرط ذكره، و مجرد الاخطار القلبى لا يكفى فى الانشاء.

و فيه: ان الانشاء عباره عن ابراز ما فى النفس بأى نحو كان، فلو صدق على العقد الكذائى أنه عقد مشروط يترتب عليه حكمه.

الرابع- الروايات الخاصه الوارده فى المقام:

(منها) صحيحه ابن بكير قال: قال ابو عبد اللّه عليه السلام: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، و ما كان بعد النكاح فهو جائز «۲».

(و منها) ما عن أبى عبد اللّه عليه السلام: ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز، و ما كان قبل النكاح فلا يجوز ... «۳».

---

(۱) الوسائل، الجزء (۸) الباب ۱۰۹ من أبواب أحكام العشره، الحديث ۲.

(۲) الوسائل، الجزء (۱۴) الباب ۱۹ من ابواب المتعه الحديث ۲.

(۳) الوسائل، الجزء (۱۴) الباب ۱۹ من ابواب المتعه الحديث ۳.

...

(و منها) ما رواه أبان بن تغلب قال: قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: فانى استحيى أن أذكر شرط الايام. قال: هو أضر عليك. قلت: و كيف؟ قال: لأنك ان لم تشترط كان تزويج مقام و لزمتك النفقه فى العده و كانت وارثا و لم تقدر على أن تطلقها الاطلاق السنه «۱».

و غير ذلك من الروايات، فان بعضها و ان كانت ضعيفه السند الا أن فى صحيحها غنى و كفايه.

و

عمـده الاشـكال فى دلالتها، فان المسـتفاد منها أن الشـرط المـذكور قبل العقـد لا يعتد به. لكن هذا المقدار لا يدل على مقصود الخصم، فان المـدعى فى المقام أن الشـرط لا بد أن يذكر فى العقد. نعم ما ورد فى روايه أبان يدل على أن عدم ذكر الاجل فى المتعه يوجب انقلاب المتعه دائما، و هذا حكم تعبدى وارد فى مورد خاص و لا يتعدى الى غيره، فانه خلاف مقتضى القاعده اذ العقود تابعه للقصود. و الحق أنه لا يلزم ذكر الشرط فى العقد، بل يكفى صدق العنوان.

و بعباره أخرى: لا بـد من ابراز ما فى النفس بمبرز بحيث يصـدق أن العاقـد أنشأ العقـد المشـروط، فلو صـدق هذا العنوان- و لو بمعونه القرينه المقاميه- يكفى فى ترتب الحكم، و لذا يكون بناء الاصحاب على كفايه الارتكاز فى بعض الشروط.

ثم ان الشـيخ أفاد: بأنه يتوهم فى المقام شرط آخر، و هو التنجيز فى الشرط فلو قال «بعتك هذا بدرهم على أن تخيط لى ثوبا اذا جاء رأس الشهر» يبطل العقد لأنه يسرى الى العقد و التعليق فى العقد باطل، بل يكون مرجع العقد الى البيع بثمنين على تقديرين.

---

(١) الوسائل، الجزء (١۴) الباب (٢٠) من ابواب المتعه الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ٣٩٢

قوله: مسأله فى حكم الشرط الصحيح (١).

و أجـاب عن الاشـكال: بـأنه انما يتوجه على فرض كون الشـرط الخياطه المطلقه، و الحال أنه ليس الامر كـذلك، بل المشـروط الخيـاطه الخـاصه، و كون مرجع الامـرين الى أمر واحـد لا يضـر، و لـذا قالوا بأنه لو قال «أنت وكيلى فى بيع دارى اذا جاء رأس الشهر» يبطل للتعليق، و أما لو قال «أنت وكيلى فى بيع دارى

فی رأس الشهر» فلا یبطل، و الحال ان مرجع الامرین الی أمر واحد.

و الذی ینبغی أن یقال فی المقام: ان التعلیق فی الشرط لا یسری الی البیع لان الشرط لیس جزءا من الثمن، و لذا لا موضوع للتعلیق و لا للبیع بثمنین، بل التعلیق راجع الی الشرط و التعلیق فیه لا یوجب البطلان لعدم الدلیل.

و أما ما أفاده قدس سره من أن مرجع الامرین الی شیء واحد فی مسأله الوکاله فلیس کما أفاده قدس سره، فانه علی تقدیر یکون الوکاله معلقه علی الشرط و لا یتحقق الا بعد تحقق الشرط، و فی تقدیر آخر یتحقق لکن متعلقه خاص.

و بعباره أخری: فی صوره یکون کالوجوب المشروط، و فی تقدیر یصیر کالمعلق لکنه قدس سره أرجع الواجب المشروط الی المعلق.

[مسأله فی حکم الشرط الصحیح]

اشاره

أقول: ان الشرط اما یکون وصفا فی المبیع کأن یبیع العبد بشرط کونه کاتبا، و اما یکون فعلا کما لو باع دارا و اشترط الخیاطه علی المشتری، و اما یکون شرطا للنتیجه کما لو باع شیئا و اشترط ملکیه الشیء الفلانی للمشتری بحیث تحصل الملکیه بنص هذا الشرط.

أما الصوره الاولی فیترتب علی الشرط الخیار عند فقدان الوصف. و السر فیه أن البیع غیر معلق علی وصف الکتابه و الا یلزم التعلیق فی العقد، و لا یکون

...

المبیع مقیدا بهذا الوصف، اذ یلزم التقیید فی الجزئی الخارجی و هو غیر معقول، فیکون معنی الشرط ارتباط الالتزام بالعقد بوجود الوصف. و بعباره أخری: یکون مرجع هذا الشرط جعل الخیار عند عدمه، و الظاهر عدم الاشکال فی هذا الاشتراط، فان جعل الخیار أمر جائز و یلزم بالشرط.

و أما الصوره الثانیه- فأیضا یصح الشرط اذا کان

الفعل جائزا كالخياطه مثلا.

و أما الصوره الثالثه- و هى شرط النتيجه الذى يكون معناه إنشاء ذلك المقصود بنفس الشرط، فلا بد فيها من التفصيل، فتاره يكون المقصود أمرا مرهونا بسبب خاص كالطلاق مثلا، و أخرى علم من الشرع أنه يتحقق بكل مبرز و الشرط نحو من المبرز، و ثالثه نشك فى الصحه و عدمها.

أما القسم الاول: فلا اشكال فى صحته أيضا، فان المفهوم من قول «المؤمنون عند شروطهم» أن المؤمن لا ينفك عن شرطه و التزامه، فان كان متعلق الالتزام فعلا من الافعال يجب الاتيان به، اذ فى اعتبار الشارع لا ينفك عن التزامه، و مع وجود التزام يأتى بما التزم به، و ان كان أمرا اعتباريا لا يجرى فيه الفسخ.

و أما القسم الثانى: فلا شبهه فى بطلانه، لأنه يشترط فى صحه الشرط عدم كونه مخالفا للشرع.

و أما القسم الثالث: فقد وقع الخلاف فيه بين الاعلام، فأفاد الشيخ قدس سره بأنه لو اشترط مثل هذا الشرط يكون مقتضى الاصل عدم التحقق، فلو اشترط ملكيه شى ء لثالث فى ضمن العقد يكون مقتضى الاصل عدم تحققها، و لا يمكن التمسك بعموم قوله «المؤمنون عند شروطهم» اذ ليس متعلق الشرط فعل من أفعال المكلف كى يتعلق به وجوب الوفاء.

لكن فى قبال هذا الاشكال يمكن أن يقال: بأنه لا مانع من تعلق وجوب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۹۴

...

الوفاء بلحاظ الآثار المترتبه، و قد وقع فى كلام الامام عليه السلام فى جمله من الموارد، منها مسأله اشتراط عدم الخيار للزوجه بدفع مال الكتابه، بل يمكن الاخذ بعموم قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بعد صيروره الشرط جزء للعقد.

ان قلت: قد علم من الشرع أن الملكيه و أمثالها مما لها أسباب خاصه فى

الشريعه المقدسه.

قلت: هذه الدعوى غير مسموعه مع تحققها فى الشرع بالشرط، كما لو اشترط ملكيه حمل الدابه و مال العبد و غيرهما.

ان قلت: يمكن أن يكون هذا الحكم مختصا بالتابع.

قلت: ان هـذا الوجه ليس قابلاـ لاـن يكون فارقـا، مع أنه يظهر من المحقق جواز اشتراط ملكيه التـابع للثالث. و كيف كان الظاهر جواز اشتراط الغايات التى لم يعلم اناطتها بسـبب خاص، كما يصح نذر مثل هذه الغايات، فيصح نذر كون المال الفلانى لزيد أو كونه صدقه.

اذا عرفت ذلك فنقول: يقع الكلام أولا فيما أفاده المصنف، و ثانيا فيما هو مقتضى القاعده، فنقول: ان ما أفاده من كفايه وجوب الوفاء المسـتفاد من قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». يرد عليه انه لا فرق بين الـدليلين، فان لم يكن مانع من الشـمول يشـمله كلاهما و الا فلا يشمله شى ء منهما، و الفرق بلا وجه، و مناط الاشكال واحد.

و يرد عليه أيضـا: بأن ما أفاده مع أنه ليس قابلا للفارقيه بأنه من الممكن أن يكون له خصوصـيه، و مقتضـى التعبـد الاقتصار على مورد الاجماع، مضافا الى أنه بأى وجه نتعدى من الملك الى غيره من الموارد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۹۵

...

و أما قياس المقام بمسأله النـذر، فيرد عليه انه بنفسه أول الكلام، بل الاشـكال فى النـذر أصـعب، اذ لا يبعد أن يكون معنى النذر جعل عمل على الذمه له تعالى و يترتب عليه العمل. و بعباره أخرى: ما لم يتحقق النذر لا يتوجه خطاب وجوب الوفاء به. فلو نذر التصدق يجب عليه أن يتصدق، فكيف يمكن تحقق المتعلق بمجرد النذر.

و أما أصل المطلب فنقول: ان عمده الاشكال أن دليل الشرط ليس مشرعا فلا بد أن يكون متعلقه أمرا مشروعا فى

الرتبه السابقه کی یترتب علیه حکم الشرط و حیث أن مقتضی الاصل فی المعاملات الفساد فلا دلیل علی الصحه، لا من دلیل الشرط کما ذکر و لا من الخارج کما هو المفروض. و لکن یمکن أن یجاب عن هذا الاشکال بأنه ما المانع من جعل دلیل الشرط مشرعا.

و یمکن أن یقال بمثل هذا البیان فی مفاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بأن نقول: مقتضی الوجوب المتعلق بالوفاء تعلق الوجوب بکل عقد، و لازمه الصحه غایه الامر بحکم العقل یخرج العقد الفاسد، فکل مورد علم أنه فاسد شرعا لا یجب الوفاء به، و فی کل مورد احتمل الصحه یجب الوفاء، و بهذا البیان عدلنا عما کنا علیه قبلا.

الاشکال الثانی المتوجه علی المقام: انه قد خصص الشرط بما لا یکون مخالفا، و مع احتمال الفساد یکون تمسکا بالعام فی الشبهه المصداقیه.

و یمکن أن یجاب عنه: أولا بأن المقصود عدم المخالفه مع ما بأیدینا من الاحکام، فلو لم یکن مخالفا لها یصح. و ثانیا انه ببرکه أصاله العدم الازلی یحرز عدم کونه مخالفا حتی مع الاحکام الواقعیه، فالنتیجه ان کل شرط لم یعلم کونه مخالفا للشرع یصح بالآیه و الروایه: أما الاولی فهی آیه وجوب الوفاء، و أما الثانیه فهی روایه وجوب العمل بالشرط.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۹۶

قوله: و الکلام فیه یقع فی مسائل (۱).

[الکلام فیه یقع فی مسائل]

اشاره

أقول: ان المصنف قدس سره نفی الاشکال عن شرط النتیجه و أجری الکلام فی شرط الفعل، و قال یقع الکلام فیه فی مسائل:

المسأله (الاولی) فی أن اشتراط الفعل یقتضی وجوب الوفاء تکلیفا أم لا

ظاهر المشهور الوجوب، ثم ذکر ما دل علی الوجوب التکلیفی من الایه و الروایه و قال: خالف المشهور الشهید فی ظاهر کلامه- الی آخر ما ذکر.

و الذی یهمنا فی المقام بیان ما یستفاد من الادله، فنقول: الظاهر أنه لا فرق بین شرط النتیجه و بین شرط الفعل لوحده الملاک و الدلیل، و الذی یوضح الامر بیان معنی «الوفاء»، و الذی یظهر من اللغه و موارد استعمال هذا اللفظ ان «الوفاء» بمعنی التمام، یقال هذا لا یفی أی ینقص، و ما یکون قابلا للإتمام فی العقود و الایقاعات و العهود و الوعود هو الالتزام و الاعتبار القائمان بالنفس فلو تعلق الامر بالوفاء یکون معناه الوجوب و تمام الالتزام و الاعتبار.

و بعباره أخرى: يكون البقاء على الالتزام واجبا و رفع اليد عنه و الفسخ حراما، و حيث أن الفسخ بما هو لا حرمه فيه قطعا نكشف أن الامر بالوفاء ارشاد باللزوم أى فسخك لا يؤثر. و من الظاهر أنه لا يعقل أن يكون الالتزام باقيا و مع ذلك لا يترتب عليه ما التزم به، فان الانسان لو التزم بالذهاب الى مكان فلانى يلزم، اما تحقق الذهاب و اما الانصراف و اما تحقق مانع خارجى من العمل على طبق الالتزام، فلو قال الشارع «أنت باق على التزامك فى اعتبارى» لا بد من ترتب الاثر الخارجى بلا اشكال، فلا فرق بين أن يتعلق الشرط بملكيه دار أو يتعلق بفعل كذائى، فان الالتزام بالملكيه باق حتى بعد الفسخ كما أن الالتزام بالفعل الكذائى باق كذلك. نعم ربما

يمكن أن يعلق بقاء الالتزام على الفعل، فلا يكون التزام بالفعل بل مجرد ارتباط بقاء الالتزام، بأن يعلق البائع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۹۷

...

التزامه بالبقاء و عدم فسخه على الخياطه، ففى الحقيقه الخياطه لم تشترط على المشترى فلا يجب.

و أفاد السيد فى الحاشيه: بأنه يمكن أن يتعلق البيع بالعين بشرط الفعل بنحو لا يرجع الى التعليق الى العقد كى يفسد من جهه التعليق بل الفعل قيد للمبيع بأن يبيع العبد بشرط العتق، فان العتق ليس واجبا لعدم اشتراطه، لكن لو لم يعتق يكون البيع جائزا.

و الظاهر أن ما ذكره أمر غير معقول، لان العتق ان كان شرطا لأصل العقد يكون من مصاديق التعليق فى العقود و يكون باطلا، و ان لم يكن فلا يعقل تقييد الجزئى. مضافا الى ان لازمه البطلان مع عدم تحقق العتق.

و محصل الكلام فى المقام أنه لو علق الوفاء على الفعل لا يكون المعلق عليه واجبا لعدم المقتضى، و ان تعلق الشرط بنفس الفعل يجب، لكن لا بد من بيان ما يكون مناطا لصدق الشرط، فان مجرد الالتزام بفعل مقارنا للعقد لا يوجب صدق عنوان الشرط عليه. نعم هو وعد ابتدائى، و الظاهر أن منشأ تعنونه بهذا العنوان تعليق العقد على الالتزام.

ان قلت: هذا تعليق. قلت: نعم لكن ليس مبطلا اذ المعلق عليه أمر موجود معلوم، و لك ان تقول: الاجماع غير شامل لهذه الصوره.

اذا عرفت ما ذكر فاعلم أنه يمكن الاستدلال للوجوب بوجوب الوفاء، أعم من أن يكون ارشادا الى اللزوم أو يكون ايجابا لترتيب الآثار الخارجيه، أما على الاول فبالتقريب المتقدم، و أما على الثانى فالتقريب فيه ظاهر، فانه يجب ترتيب الآثار و من آثاره العمل بالشرط.

دراساتنا من

قوله: المسأله الثانيه انه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع (۱).

و يمكن الاستدلال أيضا بالاخبار الوارده فى باب الشروط كقوله «المؤمنون عند شروطهم»، فان الانصاف أن العرف يفهم من هذه الروايات أن المقام مقام الانشاء و ايجاب العمل بالشرط.

و ان أبيت عن ذلک و قلت: بأن الظاهر من هذه الجمله تعريف المؤمن و انه لا يخلف كقوله «قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ» فلا يدل على الوجوب و لا أقل من الاجمال.

قلت: الذى يبعد هذا التقريب ذيل الروايات، و هو قوله «الا شرطا حلل حراما أو حرم حلالا»، فان المؤمن الكامل الذى لا يخلف الشرط و يفى به كيف يمكن أن يشترط شرطا مخالفا للشرع، فيفهم أنه فى مقام الانشاء. و لو سلمنا هذا المعنى لكن يكفى للمدعى الروايات الخاصه الوارده فى بعض الابواب، كقوله عليه السلام «قل له فليف للمرأه بشرطها فان رسول اللّه قال المؤمنون عند شروطهم» «۱» حيث أنه أمر بالوفاء و استشهد بقول رسول اللّه، فيعلم أن النبى فى مقام بيان الوظيفه و ايجاب الاتيان بما شرط على نفسه.

[المسأله الثانيه انه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع]

أقول: ان هذه المسأله محل خلاف بينهم، و العمده النظر فى أصل المسأله و بيان ما هو الحق فيها، و ما يمكن أن يستدل به على الجواز وجوه:

الاول- الاجماع. و فيه ما عرفت منا فلا وجه للإعاده.

الثاني- ان الفعل بالشرط يكون ملكا للمشروط له، كما أنه كذلک فى الاجاره، و يجوز اجبار المديون على أداء دينه.

و فيه: ان الامر ليس كذلک، فان المشروط عليه لا يملک منفعته للمشروط

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۵ الباب ۲۰ من أبواب المهور، الحديث ۴.

...

له، بخلاف الاجاره فى اجاره الشخص نفسه للعمل الكذائى، فان العمل بالاجاره يكون ملكا للمستأجر كما أن منفعه العين تصير ملكا بها بخلاف الشرط.

الثالث- ان الشرط يوجب حقا ماليا للمشروط له، و لكل ذى حق اسقاط حقه و احقاقه. و هذا هو الصحيح، فانه أمر عقلائى أمضاه الشارع، و الشاهد عليه أنه قابل للإسقاط و ليس وجوبا تكليفيا محضا، كما لو نذر أن يعطى درهما للفقير، فان الفقير بالنذر لا يصير ذا حق على الناذر، و لذا لو اسقط لا ينحل النذر. نعم لو أعطاه يمكن أن يملكه. و الحاصل انه فرق بين الوجوب التكليفى الصرف و جواز اجباره من باب الامر بالمعروف، فان هذا الجواز جواز بالمعنى الاعم، اذ الامر بالمعروف مع الشرائط واجب و لا يسقط بالاسقاط فانه حق الهى، و بين الوجوب التكليفى الناشئ عن الحق الذى يكون قابلا للإسقاط.

ان قلت: لا وجه للإجبار، اذ يمكن تداركه بالفسخ.

قلت: أولا يمكن فرض المسأله فيما لا يكون للمشروط له خيار الفسخ عند عدم تحقق الشرط، كما صرح فى العقد بعدم الخيار فلا موضوع لهذا التقريب.

و ثانيا- انه يمكن أن لا يتدارك هذا الحق بالفسخ، اذ يمكن أن يكون الشرط مما يكون فيه غرض لهم، و رفع اليد عنه يكون حرجا على ذى الحق.

و ثالثا- التدارك لا يقتضى إلا عدم تعين الاجبار لا عدم جوازه. و بعباره أخرى:

غايه ما فى الباب أن نقول بأن للمشروط له اختيار أحد الامرين.

و رابعا- انه لا معنى لهذا التقريب، فان الخيار يترتب على عدم تحقق الشرط و فى طوله، و فى الرتبه السابقه نسأل بأنه هل يكون هذا الحق موجودا أم لا. و بعباره أخرى: نفرض أن الحق يتدارك

بالفسخ، لكن بأى وجه نلزم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۰۰

قوله: الثالثه فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار فيكون مخيرا بينهما أم لا يجوز له الفسخ الا مع تعدد الاجبار (۱).

ذا الحق أن يرفع اليد عن حقه.

ان قلت: ان متعلق الشرط الفعل الاختيارى، فبالالزام لا يحصل الشرط كما هو ظاهر.

قلت: أولا النقض بباب الاجاره، فان الاجير لو لم يأت بما عليه من الفعل فهل يجبر أم لا؟ الكلام هو الكلام.

و ثانيا- بالحل، و هو أن ما وقع عليه الشرط مطلق الفعل بلا قيد كما فى باب الاجاره، ففى ضمن كل فرد تحقق حصل الشرط.

بقى شى ء، و هو: أنه هل يجوز لغير المشروط له الاجبار فيما لو يصل نفعه اليه كما لو شرط عتق عبد أو اعطاء شى ء للفقير فهل للعبد أو الفقير الاجبار أم لا؟ الظاهر هو الثانى، كما أنه ليس لهما الاسقاط، بل الامر بالنسبه الى الاجبار و الاسقاط بيد المشروط له. نعم للفقير و العبد و الحاكم الشرعى، و لكل مكلف الاجبار بمقدار يصدق عليه الامر بالمعروف الواجب فى الشريعه.

[المسأله الثالثه فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإجبار فيكون مخيرا بينهما أم لا يجوز له الفسخ إلا مع تعدد الإجبار]

أقول: ذهب المصنف الى الثانى، و الحق أن يقال: ان المدرك للخيار لو كان هو الاجماع أو دليل نفى الضرر فكان لما ذهب اليه وجه، الا أن المدرك له هو عنوان تخلف الشرط، فاذا تخلف ذلك يتحقق له الخيار، بلا فرق بين تمكن الاجبار أو تحققه.

و لا وجه لما ذهب اليه الايروانى قدس سره: بأن موضوع الخيار صوره تعذر العمل بالشرط بجميع أفراده، لأنه لو قلنا بأن الخيار مجعول من قبل المتعاقدين فى ظرف امتناع الطرف عن الاتيان بالفعل فلا اشكال فى تحققه مع امكان اجباره، أضف الى ذلك

أن طبیعه الناس یأبی عن الاجبار.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۰۱

قوله: الرابعه لو تعذر الشرط فلیس للمشترط الا الخیار لعدم دلیل علی الارش (۱).

ثم أنه أفاد المصنف قدس سره الا أن یقال: ان العمل بالشرط حق لازم علی المشروط علیه یجبر علیه اذا بنی المشروط له علی الوفاء بالعقد.

و أما اذا أراد الفسخ لامتناع المشروط علیه عن الوفاء بالعقد علی الوجه الذی وقع علیه فله ذلک، فیکون ذلک بمنزله تقابل من الطرفین منهما.

و فیه: أن کونه کالتقایل لا یکون مصححا للمدعی، فان المفروض أنه لم یأت المشروط علیه بما علیه من الوظیفه، فلو لم یکن للمشروط له حق الفسخ کیف یمکنه الاقدام بالفسخ.

أضف الی ذلک کله أن فی المقام روایه «۱» تدل علی جواز الاخذ بالخیار، سواء أمکن اجباره أم تعذر.

أفاد السید الیزدی قدس سره أن الروایه- و ان کانت ضعیفه من حیث السند- و لکنها منجبره بعمل المشهور. و أما أفاده من الانجبار ممنوع صغرا و کبرا.

فتحصل أن الروایه تامه دلاله الا أنها ضعیفه السند.

ثم انه لو تعذر اجباره فهل للحاکم التصدی بالعمل اذا کان قابلا للنیابه أم لا؟ أقول: أما علی مسلک من قال بالولایه المطلقه للفقیه فالامر واضح، و أما علی المسلک المنصور فله أن یتصدی بمقدار المتیقن، کما اذا لم یتصد یلزم اختلال النظام أو عسر و حرج أو غیرها.

[المسأله الرابعه لو تعذر الشرط فلیس للمشترط إلا الخیار لعدم دلیل علی الأرش]

اشاره

أقول: ما یمکن أن یقال أو قیل فی وجه الارش وجوه:

(الاول) ما عن السید الیزدی بأن الارش فی العیب مقتضی القاعده،

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۷ من ابواب الخيار، الحديث ۲.

...

لان الشرط و ان لم يكن مقابلا بالمال فی عالم الانشاء الا أنه ليس مجانا بل يقابله فی عالم اللب و موجب لزياده القيمه، فان مقتضی هذه المقابله جواز الفسخ و جواز الارش، بمعنی استرداد المقدار الذی زيد لأجله فی العوض.

و فيه: ما المراد من المقابله فی المقام فی عالم اللب، ان كان المراد منه الغرض فان تخلف الاغراض لا يوجب الارش، و ان كان المراد أن مقدارا من الثمن وقع فی مقابل الشرط لبا فهو غير معقول لاستحاله وقوع شی ء فی مقابل شيئين. و ملخص الكلام ان الامر دائر بين أن يجعل مقدارا من الثمن فی مقابل الشرط و بين جعله بتمامه فی مقابل العين و كون الشرط مجانيا، و الجمع بين الامرين جمع بين المتنافيين.

(الثانی) ان الثمن وقع فی مقابل العين المتقيد بخياطه الثوب مثلا،

فان مقدارا منه وقع فی قبال العين و مقدارا منه فی قبال التقيد الذی هو أمر عقلی لا خارجی و مقتضی هذا البيان وقوع جزء من الثمن فی مقابل التقييد، و بعدمه يبطل العقد بهذا المقدار.

و فيه: أولا ان التقييد جزئی لا يقابل الثمن، و ثانيا ان العين جزئی خارجی و هو لا يقيد الا انه رجع الی الشرط و علی فرض رجوعه اليه تعليق، و ثالثا ان التقييد المذكور ان كان مفقودا من الاصل يكون البيع بمقداره باطلا، اذ المفروض أن العقد وقع علی المقيد، فما وقع عليه العقد غير موجود و الموجود لم يقع عليه العقد، و ان كان طارئا فهو يوجب الخيار لا الارش.

(الثالث) أيضا ما أفاده السيد اليزدی بأن الشارط مخير بين الفسخ و أخذ الارش عقلائيا،

بمعنی أن بناء العقلاء جار علی ذلك، و هو ممضی عند الشرع أيضا.

قوله: الخامسه لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه بتلف او بنقل أو رهن او استيلاد فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ (۱).

و فيه: ان منشأ السيره ان كان أمرا ارتكازيا فهو يجدی للمدعی، الا أن اثباته علی مدعيها، و أما السيره الخارجيه فتحققها غير معلوم، و علی فرض تحققها مردوعه بقوله «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» *.

(الرابع) ان الشارط بشرطه يملک المشروط فی عهده المشروط علیه، فالفعل مملوک له فی عهده الطرف،

فاذا تعذر یکون بمنزله التلف، فهو ضامن بملاک قاعده الید.

و یرد علیه: ان اشتراط الفعل لا یقتضی ملکیته للشارط بل مجرد حق مالی.

نعم لو ملک المشروط علیه الفعل للشارط بالشرط کما فی الاجاره فلا نضائق من الالتزام بالضمان بالتعذر.

[المسأله الخامسه لو تعذر الشرط و قد خرج العین عن سلطنه المشروط علیه بتلف او بنقل أو رهن او استیلاد]

اشاره

أقول: مقتضی التحقیق فی المقام أن یقع البحث فی ضمن فروع:

(الفرع الاول) انه لو تلفت العین بتلف حقیقی هل یجوز الفسخ لمن له الشرط أم لا؟

التحقیق أن یقال: ان متعلق الخیار لو کان هو العین الخارجی یسقط الفسخ لانتفاء موضوعه، و اما اذا قلنا بأن المتعلق فی ذلک هو العقد- کما هو الحق- فلا بد من ملاحظه مدرک الخیار، فان المدرک له ان کان هو الاجماع فلیس له الفسخ أیضا لعدم المقتضی له، و أما اذا کان الخیار بمقتضی القاعده- أی الشرط بالبیان المتقدم- فله الفسخ لوجود مقتضی الخیار و عدم المانع عنه.

قال السید قدس سره: الاولی أن یقال: لو قلنا بجواز الارش أو العوض لا یجری الخیار، لان الفسخ مع التلف ضرر علی الطرف الاخر، فانه أقدم

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۰۴

...

علی ضمان البیع بالثمن المذکور فی المعامله، فالزامه بالبدل الذی قد یکون أضعاف ذلک الثمن ضرر علیه، و المفروض امکان جبر الضرر المشروط له بالارش أو العوض.

و فیه: أولا انا أنکرنا الارش و القیمه و قلنا ان مقتضی القاعده هو الفسخ، و ثانیا ان الدلیل أخص من المدعی لعدم لزوم الضرر فی بعض الصور، و ثالثا ربما یقع الضرر علی المشروط له عند عدم الفسخ، فانه ربما یتضرر من الصبر و لو مع أخذ الارش، مضافا الی أن نفس منعه عن اعمال حقه ضررا علیه. هذا کله علی مسلک المشهور، و أما علی المسلک المنصور من عدم دلاله قاعده الضرر الا علی الحرمه التکلیفیه فلا تنعقد المجال لما ذهب الیه أصلا.

(الفرع الثانی) انه لو لم یتلف تلفا حقیقیا لکن وقعت العین موردا للتصرف من قبل المشروط علیه،

فتاره لا یکون التصرف منافیا للشرط و أخری یکون منافیا- کما لو باعه عبدا و اشترط علیه عتقه و المشروط علیه باع العبد- أما فی الصوره الاولی و هی صوره عدم التنافی فربما یتوهم بأن التصرف الواقع عن المشروط علیه علی العین علی خلاف القاعده، لان

العقد خيارى.

و هـذا التوهم فاسد فانه لا يمنع الخيار عن تصـرف المالك فى ملكه، و هذا النحو من الاسـتدلال مصادره بالمطلوب، فالتصـرف وقع فى محله و صدر عن أهله.

ثم ان التصرف الواقع على العين من قبل المشروط له اما يكون تصرفا مخرجا عن ملكه كالبيع أو كالمخرج كالاستيلاء المانع من النقـل، و امـا لاـ يكون مخرجـا عن الملـك كـالرهن، أمـا على الثـانى فمـا المانع من القول ببقاء الخيار و باعماله ترجع العين الى مالكهـا الاـول، غايه الامر مع كونها متعلق الرهن فان الانتقال لا ينافى الرهانه. و أما على الاول فاما يكون الانتقال نقلا لازما و اما يكون جائزا،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۰۵

...

اما على الاول فبعد الفسخ ينتقل العين بالقيمه و التصرف باق بحاله بلا اشكال، فان الخيار من أحكام العقد و التصرف الاعتبارى الموجب للنقل كالتلف الحقيقى، و لا موجب لانفساخ العقـد الثانى بانفساخ العقد الاول. و على القول بأن الفسخ يوجب انفساخ العقد الثانى فهل يكون انفساخه من حين الفسخ أو من أصله؟

الحق هو الاول، لان الفسخ من أحكام حل العقد من الحين لا من الاصل.

و أمـا على الثـانى- أى على فرض أن يكون التصـرف جـائزا- هـل يجبر المشـروط عليه على الفسـخ ورد العين أم لا؟ الظاهر هو الثانى، فان الفسخ الصادر من المشـروط عليه على الفسخ و رد العين أم لا؟ الظاهر هو الثانى، فان الفسخ الصادر من المشـروط له امـا يوجب انفسـاخ العقـد الثـانى و امـا لاـ يوجب، أمـا على الاـول فلا تصل النوبه الى الاجبار و أما على الثانى كما هو الحق فلا مقتضى للإجبار، لأنه بالفسخ و انتقال مال المشروط عليه هل ينتقل الى الفاسخ شى ء لا

طريق الى الثانى فانه ينافى قانون المعاوضه، و على الاول فلا مقتضى للإجبار، لان المفروض أنه انتقل اليه عوض ماله، الا أن يقال: بأنه بدل الحيلوله، لكن قد ذكرنا فى محله أنه لا مدرك لبدل الحيلوله. و ملخص الكلام: ان مقتضى القاعده جواز الفسخ مطلقا و الانتقال الى القيمه.

ثم لو فرض أن المشروط له لم يقبض القيمه و انتقل اليه العين بتقايل أو فسخ أو هبه أو ارث أو غيرها فهل يجب رد نفس العين أم لا؟ الظاهر هو الاول اذ مقتضى الضمان ان نفس العين يرد و الانتقال الى القيمه من باب للابديه و البدليه، فالصواب فى المقام هذا القول.

و فى المقام أقوال أخر يظهر فسادها مما ذكرنا:

(منها) الصحه لكن للفاسخ فسخ العقد الثانى لكون العين متعلق حقه.

و فيه: انه لا يتعلق حق بالعين للمشروط له، و وجود الحق أول الدعوى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۰۶

...

(و منها) الفرق بين كون العقد الثانى جائزا و بين كونه لازما، ففى الاول يجوز الزام المشروط عليه بالفسخ لان ترد نفس العين الى الفاسخ.

و فيه: ان رد العين انما مع وجوده و عدم المانع، و المفروض فى المقام المانع موجود و لا مقتضى للفسخ من قبل المشروط عليه.

(و منها) الانفساخ من الحين لوجود الفسخ من قبل المشروط له.

و فيه: لا مقتضى للانفساخ بعد انعقاد العقد صحيحا.

(و منها) الفرق بين العتق و غيره، بأن يقال فى العتق لا ترد العين و لا ينفسخ العقد لبناء العتق على التغليب و فى غيره يقال بالانفساخ من الاصل أو من الحين.

و فيه: انه لا مقتضى للانفساخ فى غير العتق أيضا، و فى العتق و ان كان الامر كذلك و لا يرجع

العبـد رقـا، لكن الاـولى أن يقـال بـأن الحر لاـ يـدخل فى الملـک، لا أن بناء العتق على التغليب فان له معنى آخر بل لا مقتضـى للرجوع.

(و منها) الفرق بين التصـرف الذى وقع قبل التعذر و بين التصرف الذى وقع بعد التعذر، فما كان قبل التعذر تام و لا ينفسخ و أما فى التصرف الذى بعده يجرى أحد الوجوه.

و فيه: انه ظهر مما ذكرنا عدم الفرق، و مقتضى القاعده عدم الانفساخ مطلقا.

(الفرع الثالث) أنه لو تصرف المشروط عليه تصرفا منافيا للشرط - كما لو باع العبد الذى اشترط فى العقد الاول عتقه-

اشاره

فيقع الكلام فى مقامين:

الاول فى حكم العقد الواقع على العين، الثانى فيما لو فسخ من له الشرط.

أما المقام الاول [فى حكم العقد الواقع على العين]

فنقول: ربما يقال بأن التصرف فى العين بالتصرف

...

المنافى حرام و نهى عنه، و النهى عن المعامله يقتضى الفساد.

و فيه: ان التصـرف بما هو تصرف ليس حراما و لا دليل عليه، و على فرض تسلمه لا تكون الحرمه التكليفيه تقتضى فساد المعامله ان لم تقتض صحتها.

و بعباره أخرى: لم يرد نهى عن التصـرف فى العين الا بتقريب أن مقتضـى وجوب الوفاء بالعقد العمل بالشـرط، و الامر بالشـى ء يقتضى النهى عن ضده فالتصرف المنافى حرام فيكون فاسدا.

و فيه: أولا ان مفاد «أَوْفُوا» ليس الا الارشاد الى اللزوم، و ثانيا ان الامر بالشى ء لا يقتضى النهى عن الضد، و ثالثا النهى لا يقتضى الفسـاد الا أن يتعلق بعنوان المعامله، فانه يكون ارشادا الى الفساد بالظهور العرفى، و أما لو تعلق بعنوان آخر- كما لو حلف أن لا يبيع مثلا فباع- لا شبهه فى الصحه.

و ربما يقال أيضا كما فى كلام السيد قدس سره: ان العين متعلق للحق فلا يجوز التصرف فيه الا مع الاذن ممن له الحق.

و فيه: أولا اثبات حق متعلق بالعين أول الكلام. نعم للمشروط له حق على المشروط عليه. و ثانيا سلمنا وجود حق لكن أى دليل قام على كون مطلق الحق مانعا عن التصرف، و هذا يحتاج الى الدليل، و قياس المقام بحق الرهانه مع الفارق، اذ هناك الدليل قائم، فالحق أن التصرف الواقع صحيح.

ثم انه لو قلنا بفساده فهل يصح مع الاجازه كما يصح مع الاول أم لا؟

الحق هو الثانى، اذ المفروض أن الحق مانع عن الصحه، و الاذن السابق

لا يرفع المانع و الاجازه اللاحقه لا تؤثر فى الصحه، فان الشى ء لا ينقلب عما هو عليه و الا يلزم صحه العقد الغررى بعد ارتفاع الغرر. و أيضا كل مانع لو

...

ارتفع بقاء يلزم الصحه، و هو كما ترى.

ان قلت: مقتضى دليل الصحه أن يكون العقد الصادر من المالك صحيحا، لكن لمانع- و هو عدم اذن من له الحق- لم تتحقق الصحه. و بهذا المقدار نرفع اليد عن الدليل، و لكن بعد الاجازه لا مانع من الاخذ به.

قلت: أولا لا يلزم النقض بغيره من الشرائط كما ذكرنا، و ثانيا نقول المفروض ان العقد وقع فاسدا لفقد شرط من شرائطه، فلا سبيل الى الصحه بعد البطلان.

و بعباره أخرى: اما يكون هذا الحق معتبرا عدمه فى البيع و اما غير معتبر، أما على الاول فلازمه البطلان على الاطلاق، و أما على الثانى فلا مناص من القول بالصحه.

و لا يقاس المقام بباب الفضولى، فان المدعى فى ذلك الباب أن العقد يستند الى المجيز بالاجازه و يصير العقد عقدا للمالك. و أما فى المقام فانتساب العقد الى المالك محرز، فلاـ جامع بين المقامين. و لا يخفى أنه لو التزمنا بالصحه مع الاجازه يلزم الالتزام بالصحه فيما أسقطه المشروط عليه حقه لوحده الملاك.

(و أما المقام الثانى) [فيما لو فسخ من له الشرط]

و هو ما لو فسخ من له الشرط العقد، فالوجوه المتصوره فى المقام هى الوجوه المذكوره فى الفرع السابق بلا فرق، و قد عرفت أن الحق بقاء العقد الثانى بحاله و انتقال بدل العين الى الفاسخ، و الكلام فى بقيه الوجوه هو الكلام فيها المتقدم فى المسأله السابقه، فلا وجه للإعاده.

و أما التصرف من ذى الخيار فى العين فلو لم يكن مبرزا

للالتزام بالعقد لا وجه لسقوط الخيار و يكون العقد باقيا بحاله، و لا دليل على كون التصرف بما هو موجب لسقوط الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۰۹

قوله: السادسه للمشروط له اسقاط شرطه اذا كان مما يقبل الاسقاط (١).

[المسأله السادسه للمشروط له اسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الإسقاط]

أقول: الـذى ينبغى أن يقال فى المقام، ان الشـرط اما شـرط للنتيجه و اما شـرط للوصف و اما شـرط للفعل، أما شـرط النتيجه فلا معنى لإسـقاطه، لأنه بنفس الشـرط يتحقق المطلوب، و أما شـرط الوصف فلا يتصور فيه الاسقاط، لأنه مع عدم الوصف ليس الا الخيار فلا موضوع للإسـقاط، فالعمده شـرط الفعل، و هو تاره يصـير مملوكا للمشـروط له بالشـرط كشرط النتيجه و أخرى ليس كـذلك، أمـا على الاـول فيتصور فيه الاـبراء كبقيه الـديون، و أمـا الثـانى فربمـا يقال: بأنه لا دليل على جواز اسـقاط كل حق، و الاستدلال بفحوى تسلط الناس على أموالهم غير تام لضعف سنده.

و هل يكون فرق بين الفعل المالى كالخياطه و غيره كالعتق- كما فى كلام المحقق الاصفهانى بأن نقول: لو كان من الاول يجوز ابراؤه و ان كان من الثانى يجوز اسـقاطه- الحق أنه لا فرق. و هذا التفصيل لا يرجع الى محصل صحيح، اذ الفعل ان كان دينا فى ذمه الطرف لكن ابرأه مطلقـا و ان لم يكن دينـا فلاـ موضوع للإبراء، و أما الاسـقاط فكما تقـدم يكون فيه مجال للمناقشه، الا ان يقال: بأن الارتكاز يقتضـى ثبوت الحق الى زمان الإسـقاط، مضافا الى أن مقتضى الارتكاز العقلائى الشرعى قبول هذا النحو من الحقوق للإسقاط.

ثم انه على تقـدير القول بجواز الاسـقاط لاـ فرق بين مصـاديقه، و لا مجال لاسـتثناء بعض مصاديقه كالعتق، حيث أنه يتوهم بأنه متعلق المشروط له

و متعلق بحقه تعالى و متعلق لحق العبـد. و هذا التوهم فاسد، فانه لا حق للعبد، اذ العبد ينتفع بالعتق، و هذا لا يوجب حقا له لعدم المقتضى، و الا يلزم أنه لو نذر أحد

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۱۰

قوله: السابعه قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور (۱).

أن يعطى دينارا من زيد يكون لزيد حق المطالبه، و هو كما ترى.

هـذا أولاـ و ثانيا لو سـلم أنه ذو حق و لكن ليس حقه فى عرض حق البائع بل فى طوله، و لازمه انتفاؤه بانتفائه. و بعباره أخرى: فى صوره بقاء البائع يكون هـذا الحق للعبـد، و أما مع عـدمه فلا، و أما بالنسـبه اليه تعالى فأيضا لا مقتضـى لوجود الحق، بلا فرق بين أن يطلب منه بطلب وجوبى أو غيره. نعم فى الطلب الوجوبى للأـمر بـالمعروف مجـال واسع، و لكن هـذا قـدر مشـترك بين جميع الواجبات، و الزائد على هذا المقدار لا دليل عليه.

[المسأله السابعه قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يسقط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور]

اشاره

أقول: اعلم أن العقد الواقع للمبيع تاره يكون صوره نوعيه عرفيه كالحماريه و البقريه، و أخرى يكون وصفا خارجيا غير داخل فى حقيقه الشـى ء كالكتابه للعبد، و ثالثه يكون من قبيل كميه الاشـياء و مقدارها كقوله «بعتك هذه الصبره بشـرط أن تكون عشـره أصوع».

أما القسم الاول فلا سبيل مع انتفائها الى الصحه، فان الصوره النوعيه العرفيه مقومه للمعامله و بدونها لا تصح.

و أما القسم الثانى فلا يكون وجوده دخيلا فى الصحه الا بنحو التعليق المبطل للعقد و تخلفه يوجب الخيار فقط.

و أما الثالث فتاره يبحث فيه ثبوتا و أخرى اثباتا، أما الكلام فيه من ناحيه الثبوت فالحق أنه يتصور فيه

أن يكون جزءا من المبيع و يتصور أن يكون شرطا بحيث لا- يقسط عليه الثمن، فانه يمكن ايقاع المعامله على ما يكون موجودا خارجا على نحو الاطلاق و يشترط فيه أن يكون كذا مقدارا و يمكن ايقاع المعامله على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۱۱

...

كل جزء منه بكذا. و الظاهر الصحه فى كلتا الصورتين، و الاشكال من حيث الغرر مدفوع بعد تسليم تماميه دليل بطلان الغررى من المعامله، بأنه ان قلنا أن اشتراط الخيار يرفع الغرر فلا موضوع للغرر، و ان لم نقل فيمكن الاستناد باخبار البائع.

هذا فيما يقع العقد بنحو الاطلاق و يشترط المقدار، و أما لو وقع العقد على جزء منه فالامر أوضح، غايه الامر لو تخلف يتحقق خيار تبعض الصفقه، و لا فرق فيما ذكرنا بين متساوى الاجزاء كالمثليات و متفاوتها كالقيميات.

هذا بحسب مقام الثبوت، و أما بلحاظ مقام الاثبات و الدلاله فلا يبعد أن يكون مقتضى الظهور العرفى هو التبعيض، و لو فرضنا الشك من جهه مقام الاثبات و الدلاله فمع العلم يكون مقتضى الاصل عدم الانتقال من الثمن الا بما يساوى من المثمن، و أما الخيار فموجود على كلا التقديرين، غايه الامر يكون خيار تخلف الوصف على تقدير و خيار تبعض الصفقه على تقدير آخر، و فى المقام روايه «۱» لا بأس بدلالتها الا أنها مخدوشه سندا بعمر بن حنظله.

على أن الشرط بهذا النحو مرجعه الجزئيه، لكن الروايه وارده فى القيمى و دلالتها على الحكم فى المثلى بالاولويه كما ترى.

ثم ان فى الروايه اشكالا من جهه ذيلها، و هى أن المستفاد من الديل أنه لو كان للبائع أرض غير ما باعه فالبيع لازم و يجب الوفاء، و هذا الحكم على

خلاف القاعده الاوليه، لان المفروض أن مقتضى التقسيط عدم صحه العقد الا الموجود، فلا مقتضى لوجوب الوفاء من أرض أخرى.

و عن العلامه فى التذكره نفى البعد، بتقريب أن القطعه المجاوره للمبيع أقرب الى المثل من الارش.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۴ من ابواب الخيار، الحديث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۱۲

...

و فيه: يرد أولا- ان الارض ليست من المثليات، و ثانيا أنه كما ذكرنا لا يكون العقد صحيحا الا بالمقدار الموجود، فلا موضوع لهذا التقريب. و يحتمل بعيدا أن يكون مراده عليه السلام انه ان كانت الارض المعيبه مطالبه للمقدار المبيع فالبيع لازم، و الا يكون له الخيار. لكن هذا الاحتمال خلاف الظاهر.

ثم ان الشيخ ذكر الاقسام المتصوره فى هذه المعامله على أربعه أقسام:

(الاول) أن يكون المبيع متساوى الاجزاء و ينقص،

فلو قلنا بأن الظاهر من اللفظ فى مقام الاثبات التقسيط للمشترى أن يمضى البيع فى المقدار الموجود و يرجع ببقيه الثمن، و أما لو كان مجملا فمقتضى الاصل عدم انتقال الثمن الى البائع، و أما الخيار فهو موجود على كل تقدير، غايه الامر يكون خيار تخلف الوصف على تقدير و خيار تبعض الصفقه على تقدير آخر.

و ظاهر جمله من الاصحاب ثبوت خيار تخلف الشرط أو الوصف لترجيح الاشاره فيما لو تعارضت الاشاره و الوصف. و أفاد الشيخ قدس سره بأن كون المقام من قبيل الاشتراط مسلم لكن لا نسلم عدم التقسيط فى كل شرط، فتأمل.

و يرد عليه: لا- يتصور للشرط الا- تعليق الالتزام بالعقد على وجوده، فالثمن بتمامه مقابل العين، و عليه لا مناص الا بأن نقول ان الجمله و لو كانت بصوره الاشتراط لكن ينحل الى التقسيط، و لعله قدس سره اشار الى ما ذكرنا بقوله «فتأمل».

(الثانى) أن يكون المبيع مختلف الاجزاء و ينقص،

و هذا أيضا كسابقه ثبوتا و اثباتا، بأن الظاهر هو التقسيط خلافا للمحكى عن المبسوط، مستدلا بأن الفائت لا يعلم قسطه من الثمن، لان المبيع مختلف الاجزاء فلا يعلم قسط الفائت من الثمن.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۱۳

قوله: القول فى حكم الشرط الفاسد، و الكلام فيه يقع فى أمور:

الاول ان الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به، بل هو داخل فى الوعيد، فان كان العمل به مشروعا استحب الوفاء به (۱).

و فيه: أولا- أنه لو سلم عدم امكان التقسيط فلا بد من الالتزام ببطلان البيع فلا وجه لثبوت الخيار. و ثانيا يمكن تصوير تساوى القيمه فى مختلف الاجزاء.

و ثالثا انه لا يكون القسط مجهولا، اذ يفرض المبيع بذلك المقدار و ينقص عن الثمن بالنسبه،

مثلا لو بیع الارض بشرط أن تکون عشره جربان فانکشف کونها خمسه یرد نصف الثمن، و هذا أمر واضح.

(الثالث) انه لو کان المبیع متساوی الاجزاء و یتبین الزیاده عما شرط علی البائع،

فان کان المراد العقد علی المقدار لا بشرط عدم الزیاده فالکل للمشتری و یمکن تصویره بنحو لا یکون العقد غرریا، و فی هذا الفرض لا خیار. و ان کان المراد ظاهر الشرط- و هو کونه شرطا للبائع من حیث عدم الزیاده أعنی بشرط لا عن الزائد- یصح العقد و یثبت خیار الوصف للبائع و خیار الشرکه للمشتری.

و هذا لا ینافی ما قلناه من أنه لا یبعد أن یکون المورد موردا للتقسیط، اذ لا یبعد أن یکون شرط عدم الزیاده بمنزله الاستثناء و ان قلنا بأن البیع وقع علی ما فی الخارج کالصوره الاولی، غایه الامر اشترط للبائع عدم الزیاده یثبت للبائع الخیار فله فسخ العقد و امضاؤه فی تمام الصبره.

(الرابع) أن یتبین الزیاده فی مختلف الاجزاء،

و حکمها یعلم مما ذکرنا و لا وجه للإعاده.

[القول فی حکم الشرط الفاسد]

[الأمر الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل فی عدم وجوب الوفاء به]

اشاره

أقول: الامر الاول أنه ذهب المشهور الی استحباب العمل بالوعید، الا أنا قد حققنا الکلام فیه و بینا وجوبه وفاقا لکمال الدین المیثمی البحرانی

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۱۴

...

و السید نعمه اللّه الجزائری.

و قد استفدنا ذلک من عده روایات «۱» وارده فی الباب، کقوله صلی اللّه علیه و آله «من کان یؤمن باللّه فلیف اذا وعد» و کقوله علیه السلام «عده المؤمن أخاه نذر لا کفاره له» و غیر ذلک من الروایات و قد عد التخلف عن الوعد من مطاعن معاویه علیه اللعنه، و قد حققنا ذلک فی رساله مفرده.

و لا مجال للاستدلال على وجوب الوفاء بالوعد بلزوم الكذب فى صوره التخلف، لان رفع اليد عن الالتزام ليس بكذب، على أن الوعد ليس من مقوله الاخبار حتى يتصف بالصدق و الكذب بل هو من مقوله الانشاء.

و كيف كان هل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد أم لا؟ ما يمكن أن يقال فى وجه كونه مفسدا له أمور:

(الأمر الأول) أن الشرط يقسط عليه الثمن، فإذا كان فاسدا يوجب الغرر فى البيع لصيروره العوض مجهولا بذلك.

و فيه: أولا- انه لا- يقسط الثمن عليه، و ثانيا لا يكون العوض مجهولا لكون التفاوت بين ما اذا كان العوض المنضم الى الشرط و المجرد عنه مضبوطا فى العرف، و ثالثا على تقدير تسليم الجهاله فى المبيع نمنع كون مثل هذا الجهل قادحا، لان القادح هو الجهل بالعوض عند إنشاء العقد لا الجهل الطارئ على العوض.

(الامر الثانى) ان التراضى انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص

فاذا تعذرت الخصوصيه بفساد الشرط لم يبق التراضى، لان الجنس يرتفع بارتفاع الفصل. و المعاوضه بين الثمن و المثمن بدون الشرط معاوضه جديده

---

(١) اصول الكافى الجزء ٢ باب خلف الوعد و عيون اخبار الرضا ص ٣۴.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۱۵

...

يحتاج الى إنشاء جديد، و بدونه يكون التصرف أكلا للمال لا عن تراض.

و أجاب عنه المصنف قدس سره نقضا: بأن انتفاء الشرط لا يوجب أن يحوج العقد الى إنشاء جديد، و مجرد ارتباط الشرط بالعقد لا يقتضى ذلك، و لذا ان الشرط الغير المقصود للعقلاء فى السلم و غيره لا يقتضى فساد العقد، و كذا لا يفسد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه كما يستفاد ذلك من النص «١» الوارد فى باب النكاح.

أقول: يمكن أن يقال انه لا يمكن استفاده عدم كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد من النص المذكور، لأنه حكم خاص فى مورد خاص أهتم الشارع به، أضف الى ذلك أن الاشتراط لا يقتضى أنه لو لم يسلم الشرط يحتاج الى عقد جديد.

و أيضا نقض الشيخ قدس سره أن ظاهر العلماء أن الشرط الغير المذكور فى العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا، و لم يظهر منهم بطلان العقد.

و أورد عليه: بأن الاصل فی الارتباط هو انتفاء الشی ء بانتفاء ما ارتبط به، و مجرد عدم

الانتفاء فی بعض الموارد لا یوجب التعدی.

و أجاب عنه: بأن الامثله المذکوره لا خصوصیه لها، و المقصود من بیان الامثله عدم استحاله التفکیک بین الشرط و العقد.

و الحق أن یقال: ان الشرط قد یکون صفه للمبیع و أخری فعلا من الافعال و علی الاول یکون مرجع الاشتراط الی تعلیق الخیار علی فقدان الوصف، ففساد الشرط یوجب خیار تخلف الوصف، و لا مقتضی للتسقیط لان الثمن بتمامه وقع فی مقابل الموصوف، و علی الثانی قد یجعل الشارط الزاما للمشروط

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۵ الباب ۲۹ من ابواب المهور الحدیث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۱۶

...

علیه بالشرط و قد یجعل خیارا لنفسه به، و علی کلا التقدیرین یثبت له الخیار عند فساد الشرط.

و لا مجال للإشکال بأن المعلق ینتفی عند انتفاء المعلق علیه، لان العقد لم یعلق علی الفعل الخارجی بل هو معلق علی التزامه، و هو موجود، و مثل هذا التعلیق غیر قادح. نعم اذا کان الصفه من القیود التی تعد من الصور النوعیه- ککون المبیع حیوانا ناطقا- فان العرف یحکم بانتفاء المطلوب عند انتفاء قیده کما أفاد الشیخ فی جواب الحلی عن الاشکال. و الحاصل ان العقد المرتبط بالشرط الفاسد یصدق علیه العقد، فیشمله أدله وجوب الوفاء.

أفاد الایروانی قدس سره أن لا وجه للتمسک بالعموم لصحه العقد المجرد عن الشرط، الا أن یکون کل من العقد و العقد مع الشرط مصداقا مستقلا للعقد.

و فیه: أولا ان العقد بلا شرط یصدق علیه العقد، و ثانیا سلمنا أنه شرط فی صدقه و لکن یمکن أن یکون الشرط الفاسد أیضا محققا لموضوع العقد.

و ان شئت قلت: یصدق علی العقد المشروط بالشرط الفاسد عنوان العقد و عنوان البیع و

عنوان التجاره، فتشمله الادله.

ثم ان الشرط الفاسد هل يوجب الخيار اذا كان الشارط عالما بفساد الشرط أم لا؟ ظاهر الشيخ هو الثانى، الا أن المختار هو الاول، لوجود المقتضى و عدم المانع، فانه لا شبهه فى جعل الخيار عند عدم تحصل الشرط، و المفروض أن شرط الخيار ليس باطلا.

(الامر الثالث) النص،

و هو ما رواه عبد الملك بن عتبه قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاما أو ابتاع منه متاعا على أن ليس على منه وضيعه هل يستقيم هذا و كيف يستقيم وجه ذلك؟ قال: لا ينبغى «۱».

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۳۵ من ابواب احكام العقود، الحديث ۱.

...

و تقريب الاستدلال بالروايه: انه يستفاد منها أن البيع حرام وضعا.

قال المحقق الايروانى: ان الروايه تضمنت سؤالين؟ أحدهما السؤال عن صحه البيع بشرط أن تلحق خساره المشترى اذا باع و خسر، الثانى السؤال عن صحه الشرط و تسلط المشترى على أخذه الخساره منه. و الاستدلال بها على المدعى يبتنى على ارجاع قوله عليه السلام «لا ينبغى» الى السؤال الاول، و يكون المراد منه هو الحرمه بمعنى الفساد دون الكراهه، و أما اذا رجع الى السؤال الثانى فلا يمكن الاستدلال بها على المدعى.

التحقيق أن يقال: ان الروايه ينبغى أن يبحث عنها من جهتين السند و الدلاله:

اما السند فهو مخدوش بعبد الملك بن عتبه، فانه مشترك بين الصيرفى الموثق و بين الهاشمى الضعيف. و أما الدلاله فان الظاهر المستفاد من قوله عليه السلام «لا ينبغى» الكراهه لا الحرمه فلا يرتبط بالمقام، و أيضا ظاهره أنه يسأل عن مجموع الامرين.

(و منها) ما رواه «۱» حسين بن منذر عن أبى عبد اللّه

عليه السلام، و هذه الروايه ساقطه سندا بحسين بن منذر، و أما من حيث الدلاله فيظهر الحال مما نذكره فى روايه ابن جعفر عن أخيه.

(و منها) ما رواه «۲» على بن جعفر عن أخيه، و هذه الروايه نقلت بطريقين:

أحدهما معتبر و هى المنقوله عن كتاب على بن جعفر قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم ثم اشتراه بخمسه دراهم أ يحل ذلك؟ قال: اذا لم يشترطا و رضيا فلا بأس. بتقريب أن مقتضى مفهوم الروايه البأس فى المعامله، و لا وجه

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۴.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۶.

...

للفساد الا من ناحيه فساد الشرط.

و الجواب: ان البحث فى المقام فى أن الشرط اذا كان فاسدا هل يوجب فساد العقد أم لا؟ و الشرط المذكور فى الروايه ليس شرطا فاسدا. نعم بمقتضى الروايه نلتزم أن من شرائط البيع أن لا يشترط فيه مثل هذا الشرط، و هذا أمر تعبدى لا بد من الالتزام به و خارج عن محل الكلام. و وجه البطلان التعبد و النص الخاص الوارد فى المقام لا الدور و لا عدم قصد البيع.

فتحصل أن المقتضى للصحه تام و المانع غير موجود، مضافا الى أنه يمكن الاستدلال للصحه ببعض النصوص:

(منها) ما رواه «۱» الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام، فان المستفاد من الروايه كما ترى ان اشتراط ولاء العتق للبائع باطل و مع ذلك لا يوجب فساد البيع، و لا شبهه فى أن الظاهر من الروايه أن الاشتراط كان فى ضمن العقد.

(و منها) ما رواه «۲» الحلبى أيضا عن أبى عبد اللّه

عليه السلام، فانه سئل فى هذه الروايه عن بيع الاماء بشرط عدم البيع و الهبه و الارث، فأجاب عليه السلام بأن شرط عدم الارث باطل لكونه مخالفا للكتاب، فان الظاهر من الروايه صحه العقد و فساد الشرط و هذا هو المطلوب فى المقام.

ثم ان الشيخ قدس سره أفاد: بأنه قد يستدل على الصحه بأن صحه الشرط فرع صحه البيع، فلو كان الحكم بصحه البيع موقوفا على صحه الشرط لزم الدور. ثم قال: و فيه ما لا يخفى.

و يمكن أن يكون نظره الى أن صحه العقد يتوقف على صحه الشرط، لكن

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۵ الباب ۵۲ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ۲.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۵ من أبواب بيع الحيوان الحديث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۱۹

...

صحه الشرط يتوقف على عدم كونه مخالفا للشرع، فالتوقف ليس من الطرفين بل من طرف واحد.

ثم انه على تقدير الفساد فهل يثبت الخيار أم لا؟ الحق هو الثانى كما مر، لان الخيار على ما اخترناه على القاعده، فلا فرق بين الشروط صحه و فسادا لوحده الملاك. نعم لا خيار مع تحقق الشرط و ان كان حراما، كما يشترط عليه بأن يكذب و كذب. هذا على تقدير القول بأن الخيار من باب التخلف، و أما ان كان المدرك للخيار الاجماع فلا بد من الاقتصار على المقدار المتيقن، كما أنه لو كان المدرك حديث نفى الضرر يمكن أن تحصل النتيجه بنحو آخر.

(الامر الثانى) أنه لو أسقط المشروط له الشرط هل يمكن تصحيح العقد أم لا؟

يظهر من العلامه فى التذكره التردد فى المسأله. و الذى يمكن أن يكون وجها للصحه أن يقاس المقام بباب الفضولى و المكره، حيث حكموا بالصحه بالاجازه فى الاول و بتأثير رفع الاكراه و حصول الرضا فى

الثانی.

لکن القیـاس مع الفـارق، لاـن المـدعی فی باب الفضولی أن الرضا من المالک متعلق بالعقـد الجامع للشـرائط، و أیضا فی مورد الاکراه یکون الواقع متعلقا للرضا، و أما فی المقام ما وقع علیه العقد لم یرض کما هو المفروض و ما یکون متعلقا للرضا لم یعقد علیه، فالحق ما أفاده المصنف و هو البطلان.

(الامر الثالث) لو ذکر الشرط الفاسد قبل العقد و لم یذکر فی متن العقد و قلنا بأن الشرط الفاسد یفسد العقد فما حکمه فی هذه الصوره المفروضه؟

أفاد الشیخ قدس سره بأنه لو قلنا بأن الشرط المذکور قبل العقد لا حکم له فیصح العقد و الا فلا.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۲۰

قوله: الکلام فی أحکام الخیار، الخیار موروث بأنواعه (۱).

و یرد علیه: ان الـوجه فی الفسـاد موجود فی الفرض، فـان المفروض أن القصـد تعلق بمـا هو مقیـد، فهـذا التفصـیل لیس علی ما ینبغی. و الحق أنه لو قلنا بافساد الشرط الفاسد أن یقال بالفساد فی المقام أیضا.

و أما ما عن الشهید من التفصیل بین صوره العلم بأن الشرط المتقدم لا أثر له یصح و الا یبطل، فلیس علی ما ینبغی بل أسوأ حالا من تفصیل المصنف، فان العلم یترتب الاثر علیه و العلم بعدم الاثر و الشک فیه لا یکون میزانا، بل المیزان تعلق القصد بالمقید و عدمه کما ذکره.

(الامر الرابع) انه لو کان فساد الشرط من ناحیه عدم تعلق غرض عقلائی به، فربما یقال: کما عن ظاهر جماعه عدم کونه مفسدا.

و قال الشیخ قدس سره:

لعل الوجه فی کلامهم أنه لا یجب الوفاء به و لا یترتب علیه الخیار لا یکون مقیدا للعقد.

و یرد علیه: أولا انا لا نسـلم أنه لا یترتب علیه الاثر من عدم وجوب الوفاء و عدم ترتب الخیار، و ثانیا علی فرض أنه کذلک کما هو المفروض فلو قلنا بالافساد یلزم القول به فی مفروض الکلام أیضا اذ مناط الفساد التقیید و المفروض کذلک.

و اللّه العالم.

[الکلام فی أحکام الخیار]

[فی أن الخیار موروث و الاستدلال علیه]

اشاره

أقول: ان الحکم بکونه موروثا یتوقف علی ثبوت أمور ثلاثه: الاول اثبات کون الخیار حقا لا حکما شرعیا، الثانی کونه حقا قابلا للانتقال، الثالث شمول أدله الارث علیها. فبعد تمامیه المقدمات الثلاث یتم المطلوب.

أما کونه من الحقوق فیمکن أن یستدل علیها بالروایات «۱» الوارده فی باب

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۴ من أبواب الخیار، الحدیث ۴.

...

خیار الحیوان، و هی جمله «فذلک رضی منه» فیستفاد منها بالتفاهم العرفی کون الخیار حقا.

و لکن لقائل أن یقول: انه حکم خاص فی مورد خاص لا- وجه للتعدی الی غیره من الخیارات. و بعباره أخری: لا یستفاد منه الکبری الکلی الجاری فی جمیع الخیارات، الا أن یتمسک بالتسالم فی المقام، و به یثبت کونه من الحقوق.

هذا تمام الکلام فی المقدمه الاولی، و أما المقدمه الثانیه فهی أنه علی تقدیر کونه من الحقوق قابل للانتقال أم لا؟ ربما یقال بعدم انتقاله الی الغیر، لان الربط الموجود بینه و بین ذی الخیار ربط خاص قائم به فینعدم بعدم ذی الخیار، فلا یبقی شیء حتی ینتقل الی غیره، و لا یقاس المقام بالملک لأنه یبقی فی الخارج بعد انعدام مالکه، بخلاف حق الخیار فانه ینعدم بانعدامه.

و فیه ان

الخيار كما قيل فى تعريفه ملك فسخ العقد، فان فسخ العقد باق و ينتقل بالارث الى الوارث، لكن مجرد الامكان لا يكفى بل يلزم اثبات قابليته الانتقال و مع الشك فيه لا يمكن التمسك بأدله الارث لكون الشبهه مصداقيه، و الحكم ببقائه بالاستصحاب لا يصح، الا أن يقال بجريان الاستصحاب فى القسم الثالث من الاستصحاب الكلى، و قد حقق فى محله عدم حجيته، الا ان انتقال حق الخيار الى الغير من الامور التى قام الاجماع عليه، بل هو من الامور المسلمه فى الشرع.

و أما المقدمه الثالثه فالامر فيها واضح بعد تماميه المقدمتين، فان الادله الوارده فى الكتاب و السنه فى ارث ما ترك الميت تشمل المقام أيضا، فان مقتضى اطلاقها انتقال ما بقى من الميت الى وارثه، أعم من أن يكون عينا أو منفعه أو حقا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۲۲

قوله: بقى الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا (۱).

[الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا]

أقول: انه يظهر من كلام الشيخ أن فى المسأله صورا ثلاث:

الاولى- ان ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال، فحرمان الورثه عن ارث المال باستغراق دينه تركته مثلا لا يمنع من انتقال حق الخيار الى الوارث.

الثانيه- عكس الاولى، كما اذا كان الوارث قاتل مورثه أو كان كافرا فلا اشكال فى عدم الارث فى هذه الصوره، لان الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق، و الصورتان المذكورتان لا خلاف فيهما.

الثالثه- انه محل خلاف بين الاعلام بأن الخيار تابع لإرث المال أم لا؟

و هو كما اذا كان حرمانه من المال لتعبد شرعى كالزوجه غير ذات الولد بالنسبه الى العقار و غير الاكبر من الاولاد بالنسبه الى الحبوه، ففى حرمانه من الخيار المتعلق

بـذلك المـال و عـدمه خلاف حرمانه مطلقا و عـدمه مطلقا، و ثالثها التفصـيل بين كون ما يحرم الوارث منتقلا الى الميت أو عنه فيرث فى الاول، و رابعها عـدم الجواز فيما انتقل الى الميت و الاشـكال فيما انتقل عنه. و الحق هو القول الثانى، لان الخيار ملك فسخ العقد و لا يرتبط بالعين.

و استشـكل السـيد اليزدى قدس سره على الشيخ: بأنه جعل محل الخلاف الصوره الثالثه بخلاف الاولى، و الحال أن الملاک فى كلتا المسألتين واحد.

و ربمـا يقـال بـالفرق بين المسـألتين: بـأن الوارث يمكن له أن يملـک مـا ترک الميت فيمـا اذا اسـتوعب الـدين تركته بوجه من الوجوه، كما اذا أدى الديون من ماله الاخر بخلاف الحبوه مثلا فانه ليس قابلا للرفع. و لكن هذا الفرق غير فارق كما ترى.

و لكن يمكن الجواب عن السيد بما ذهب اليه المحقق الاصبهانى فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۲۳

قوله: مسأله فى كيفيه استحقاق كل من الورثه للخيار مع أنه شى ء واحد غير قابل للتجزئه و التقسيم وجوه (۱).

حاشيته، بأن التركه فيما اذا اسـتوعبها الدين اما ينتقل الى الورثه غايه الامر أنه ممنوع عن التصرف، فالفرق بين المسألتين واضح، لان العقار و الحبوه لا تنتقلان الى الوارث و أما ما لا ينتقل اليهم فنقول ان المقتضى للإرث موجود فى الوارث انما منع عنه لمانع و هو الضرر، لان اعمال الخيار من حيث اقتضائه لذهاب مقدار من التركه الى المفسوخ عليه اضرار بالديان.

و بعباره أخرى: أن الخيار بما هو ليس مما يوفى به الدين كى لا يورث و انما المنافى اعماله فيمنع من اعماله. بل يمكن أن يقال بجواز اعماله، فانه باعمال الخيار ينتقل المال من المفسوخ عليه الى

ملک الورثه و لا ینتقل الیه بدله لأنه کالتالف بل یشتغل ذمه المیت بالبدل. نعم لا بد من الالتزام بتعلق حق الطرف بالمال المنتقل الی الورثه، و هذا بخلاف مسأله حرمان الزوجه بالنسبه الی العقار أو الولد غیر الاکبر بالنسبه الی الحبوه فانه لا مقتضی للإرث فیهما.

[مسأله فی کیفیه استحقاق کل من الورثه للخیار مع أنه شی ء واحد غیر قابل للتجزئه و التقسیم وجوه]

[وجوه فی کیفیه استحقاق کل من الورثه للخیار]

اشاره

أقول:

الوجه الاول ما نسب الی صاحب الجواهر قدس سره من استحقاق کل من الوراث خیارا مستقلا کمورثه

بحیث یکون له الفسخ فی الکل و ان أجاز الباقون، و لا یقاس بارث المال، اذ لا یتعقل فیه هذا المعنی، فان المال الواحد لا یتصور فیه المالک المتعدد و الحق یتصور فیه التعدد، ولذا یکون حد القذف الذی لا یسقط بعفو بعض المستحقین متعددا، و استند ذلک الی قوله صلی اللّه علیه و آله «ما ترکه المیت من حق فلو ارثه».

و فیه: ان الروایه المذکوره ضعیفه السند، الا أن الاطلاقات الوارده فی باب الارث تکفی لإثبات اصل الارث، فما ذهب الیه الجواهر کان متینا فی

...

مقام الثبوت، الا أنه لا دلیل علیه فی مقام الاثبات، فان المتروک من المیت لیس الا حق واحد فکیف یمکن التعدد.

و استشکل المصنف علیها دلاله بوجوه ثلاثه:

الاول: ان مفاد الادله بالنسبه الی المال المتروک و حق المتروک شی ء واحد و لا یستفاد منها بالنسبه الی المال الاشتراک و بالنسبه الی الحق التعدد، الا مع استعمال اللفظ فی المعنیین.

و فیه: ان المذکور فی النبوی الحق و لم یذکر فیه مال حتی یرد ما أورده المصنف، فانها تدل علی أن حق المیت لوارثه، الا أن النبوی ضعیف السند کما علمت و المدرک للإرث العمومات، فان المستفاد منها أن الترکه للوارث، و أما الاستقلال أو الاشتراک فیستفاد من دلیل خارجی.

الثانی: ان مقتضی ثبوت ما کان للمیت لکل من الورثه أن یکونوا کالوکلاء المستقلین، فیمضی السابق من اجازه أحدهم أو فسخه و لا یؤثر اللاحق، فلا وجه لتقدم الفسخ علی الاجازه علی ما ذکره صاحب الجواهر.

و فیه نقضا: بما لو کان للشخص الواحد خیار متعدد فباسقاط أحد الخیارات لا یسقط الباقی، و حلا لا یقاس المقام بالوکاله

المتعدده، فان الخيار لاـ يكون امرا واحدا هنا حتى لاـ يبقى موضوع له باعمال أحد الوراث، كما هو كذلك فى الوكلاء المتعددين. و بعباره أخرى: ان الخيار فى الوكاله المتعدده أمر واحد يجوز اعماله للمتعدد و فى المقام الخيار متعدد.

الثالث: ان المراد بالوارث فى النبوى و غيره مما أفرد لفظ «الوارث» المتحقق فى ضمن الواحد و الكثير، و قيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۲۵

...

الاربعه المتقدمه. و أما ما ورد فيه لفظ «الورثه» بصيغه الجمع فلاـ يخفى أن المراد به أيضا اما جنس الجمع أو جنس الفرد أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الافرادى، و الاظهر هو الثانى.

و فيه ما أفاده السيد اليزدى: ان الجنس ليس الاـ الطبيعه، فيتعين الوجه الرابع. و اما ما ورد فيه لفظ «الورثه» فاما يكون المراد من الورثه جنس الجمع فيكون مقتضاه الوجه الثالث و هو كون المجموع للمجموع، و اما يكون المراد منه جنس الفرد فيتصور فيه الوجوه الاربعه، و اما يراد منه الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الافرادى.

الوجه الثانى- أن يرث كل منهم الخيار فى نصيبه فله الفسخ فيه دون باقى الحصص،

لان الخيار لما لم يكن قابلا للتجزيه و كان مقتضى أدله الارث- كما سيجى ء- اشتراك الورثه فيما ترك مورثهم فيتعين تبعضه بحسب متعلقه.

و استشكل الشيخ قدس سره: بأن هذا الوجه و ان لم يكن منافيا لظاهر أدله الارث الا أن تجزئه الخيار بحسب متعلقه مما لم تدل عليه أدله الارث، أما النبوى فهو غير متعرض للتقسيم و أما ما تعرض فيه للقسمه فلاـ يستفاد منها ثبوت الخيار لكل منهم فى حصته.

أقول: ان الحق لو تقبل التجزيه باعتبار متعلقه فيشكل الامر فيما اذا لم يرث الورثه من العين، كما اذا لو كان الوارث زوجه

و ما ترک عقارا، فلا بد من الالتزام بعدم ارث حق الخیار و الحال انه لم یلتزم به أحد.

الوجه الثالث- أن یرث المجموع من حیث انه مصداق للطبیعه لا من حیث انه مجموع،

و یترتب علیه أنه لو أجاز واحد منهم لا یبقی مجال لفسخ الاخر، لان الخیار الواحد اذا قام بماهیه الوارث واحدا کان أو متعددا کان امضاء الواحد

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۲۶

...

کفسخه ماضیا، فلا عبره بما یقع متأخرا، لان الاول قد استوفاه. و لو تقارنا زمانا فلا یؤثر شی ء منهما.

و لا یخفی أن هذا المعنی لا یتصور الا بأن یکون الخیار قائما بالکلی لا بالموجود الخارجی، فانه لو کان قائما بالموجود الخارجی فاما قائم بمجموعه و اما قائم بکل واحد منه و اما قائم بالبعض دون البعض، و لا یستقیم ما أفید مع شی ء منها فلا بد من أن یکون قائما بالکلی نظیر الخمس و الزکاه.

و أفاد المیرزا النائینی قدس سره: بأنه یتصور أن یکون الخیار قائما بصرف الوجود، فکل من بادر الی اعماله یؤثر. و لکن کما ذکرنا لا نتعقل هذا المعنی، فانه فی الحکم التکلیفی أمر معقول، و أما فی الامر الوضعی فلا، فان الاهمال غیر معقول، و علیه لا بد من بیان من قام به الخیار، و لکن لا مانع من القیام بالکلی، لکن لا دلیل علیه فی مقام الاثبات.

الوجه الرابع- أن یکون لمجموع الورثه،

بتقریب أن مقتضی أدله الارث بالنسبه الی الحقوق غیر القابله للتجزیه و الاموال القابله لها أمر واحد.

و بعباره أخری: ان أدله الارث طائفه منها داله علی کون أولی الاحکام وارثا لما ترکه المیت من الاموال، و یستفاد من الادله الخارجیه و التسالم أن الحقوق أیضا جزء لما ترک، و القدر المتیقن من الاحتمالات هذا الوجه، و هو استحقاق مجموع الورثه لمجموع الخیار، و الاصل أیضا یقتضی عدم ثبوت حق أزید من هذا، و هذا الوجه من أحسن الوجوه.

ثم قال المصنف قدس

سره: ثم ان ما ذكرنا جار فی كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكوره. نعم لو

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۲۷

...

علم ذلک من الخارج أتبع كما فی حد القذف، فان النص قد دل على أنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، و كذا حق القصاص.

و لكن الشهيد احتمل فی الدروس من أن أحد الورثه اذا عفى عن الشفعه كان للاخر الاخذ بكل المبيع. و الفرق بينه و بين ما نحن فيه مشكل، و يمكن أن يفرق بالضرر، فانه لو سقطت الشفعه بعفو أحد الشركاء كان اضرارا على غير العافى، و هذا غير موجود فيما نحن فيه.

و فيه: ان حق الشفعه لم يثبت لأجل الضرر حتى يرد ما قبل، و أما ضرر الشركه فقد كان حاصلا قبلا و انما تبدل شريك بشريك أخر، أضف الى ذلک أنه كما تكون الشركه ضررا على الوارث كذلک نقل المال عن الغير بلا اختيار له ضرر عليه.

فرع: اذا اجتمع الورثه كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم،

قال المصنف: ان كان عين الثمن موجودا فی ملک الميت دفعوه الى المشترى و ان لم يكن موجودا اخرج من مال الميت. و لو لم يكن للميت مال هل يجب على الورثه دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص؟ وجهان، وجه العدم أنه ليس لهم الا حق الفسخ كالأجنبى المجعول له الخيار فباعمال الخيار تنتقل العين الى ملک الميت و تشتغل ذمه الميت بالبدل ان لم يكن عوض موجودا، و وجه الوجوب أنهم قائمون مقام الميت فی الفسخ برد الثمن أو بدله و تملک المبيع، فاذا كان المبيع مردودا على الورثه اشغلت ذممهم بثمنه من حيث أنهم كنفس الميت، كما أن معنى ارثهم لحق الشفعه استحقاقهم

لتملك الحصه بثمن مالهم لا من مال الميت.

و أورد عليه سيدنا الاستاذ دام ظله: ان قياس المقام بباب الشفعه قياس مع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۲۸

...

الفارق، لان حق الشفعه عباره عن أن للشفيع أن يتملك الحصه المنتقله، و كان هذا منتقلا الى الورثه بدليل الارث، و هذا بخلاف الخيار فانه عباره عن ملك فسخ العقد، فما انتقل الى الورثه عباره عن ملك فسخ العقد، فمقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين الى محلهما الاصلى، فيلزم أن تنتقل العين الى ملك الميت و عوض العين اما يكون موجودا و اما يكون تالفا، اما على الثانى فتشتغل ذمه الميت كبقيه ديونه و اما ان كان موجودا فينتقل الى من عليه الخيار.

ان قلت: كيف ينتقل الى الطرف و الحال انه انتقل الى الوارث.

قلت: نعم انتقل الى الوارث لكن بالملك المتزلزل، فاذا فسخ خرج عن ملكهم.

ان قلت: لو كانت العين ملك الميت لتعلق به حق الغرماء، و الحال أنه خلاف السيره المستمره فى مورد خيار البيع، فانهم يردون الثمن الى الورثه بدون استثناء ديون الميت.

و فيه: ان السيره المذكوره على تقدير تسليم تحققها لعلها ناشئه عن قله مبالاتهم، و أما تحقق سيره المتشرعه فغير معلوم، و ثانيا فانه يمكن أن يكون من خواص الخيار برد الثمن فلا وجه للتعدى الى باقى الموارد لعدم اطلاق فى السيره، و ثالثا يمكن أن يؤدوا ديون الميت من مال آخر.

و يمكن أن يرد عليه: بأنه لا وجه لانتقال العوض الى الطرف، فان العوض اذا كان تالفا يضرب الطرف مع الغرماء فى المال الموجود، و ان كان موجودا فاما يكون متعلقا لحق الغرماء اذا كان مديونا و اما يكون ملكا للوارث ان لم يكن

مدیونا، و علی کلا التقدیرین لا وجه لرجوعه الی الطرف. نعم لا یبعد أن یکون للطرف أن یبقی العین عنده حتی یأخذ العوض.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۲۹

...

مسأله: هل یشترط رعایه مصلحه الدیان فی الفسخ أم لا؟

قال المصنف: فیه وجهان، من أن الحق منتقل الی الورثه بمقتضی أدله الارث و الخیار أیضا موجود لهم کما هو مقتضی أدلته، فلهم الفسخ سواء کان فی ذلک مصلحه الدیان أم لا.

و من أن عدم رعایه مصلحه الدیان اضرار علیهم، فهو منفی فی الشرع.

افاد السید الیزدی: ان الحق هو عدم الاشتراط، و علیه یمکن أن یقال:

لا یجوز لهم الفسخ اذا کان مضرا بالدیان، خصوصا اذا لم یکن فیه غرض الا الاضرار بالدیان.

أقول: بناء علی ما قلنا لا نتصور الضرر، اذ یکون المال ممنوعا من التصرف فیه. انه علی تقدیر القول بنفوذ التصرف و اشتراط أن لا یکون ضرر علیهم یکون مقتضی القاعده عدم نفوذ التصرف. و بعباره أخری: لیس مجرد حکم تکلیفی بل أمر وضعی، و علی تقدیر عدم المنع وضعا فهل علیهم الفسخ أم لا؟

ذهب السید الی الثانی، و الحق هو الاول، فیکون الفسخ حراما اذا کان فیه اضرار بالدیان.

ربما یقال: لا وجه للوجوب التکلیفی، لان غایه ما یقال فی المقام وجوب أداء الدین علی الورثه مما ترکه المیت، و بالفسخ یرفع الموضوع.

فانه یقال: ان الورثه یجب علیهم أداء دین المیت بمجرد انتقال ما ترکه فالفسخ بعده یکون حراما، علی أنه لو کان نفی الموضوع جائزا لکان ذلک فی مورد هبتهم، فلم یلتزم أحد بجواز هبه الورثه مما ترکه المیت قبل أداء دینه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۳۰

قوله: مسأله لو کان الخیار لأجنبی و مات ففی انتقاله الی وارثه کما فی التحریر او الی

المتعاقدين او سقوطه کما اختاره غیر واحد من المعاصرین- و ربما یظهر من القواعد- وجوه (۱).

قوله: مسأله و من أحکام الخیار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخیار (۲).

[مسأله لو کان الخیار لأجنبی و مات ففی انتقاله الی وارثه أو الی المتعاقدین او سقوطه وجوه]

أقول: الظاهر هو الوجه الثالث، فان المشروط له و ان کان من المتعاقدین لکن لا مقتضی للانتقال فیه، و أما انتقال الخیار الی وارثه فیتوقف علی الامرین:

الاول کون الخیار حقا، و الثانی کونه من الامور التی یقبل الانتقال. اما الاول فقد ثبت و تحقق أن الخیار حق قابل للإسقاط، و أما الثانی فمحل تأمل، لان عمده الدلیل فیه هو الاجماع، و القدر المتیقن أن الاجنبی له الخیار بالجعل و لکن هل ینتقل الی غیره أم لا و هو أول الکلام.

[مسأله و من أحکام الخیار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخیار]

اشاره

أقول: هل یسقط الخیار بالفعل کما یسقط بالقول؟ الظاهر أنه یسقط، فان الخیار أمر حقی قابل للإسقاط، و لا فرق بین أن یکون سبب اسقاطه القول أو الفعل. و هذا لا اشکال فیه انما الکلام فی أنه کما یسقط ببعض الافعال فیما تعلق بالمنتقل الیه کالوطی بالنسبه الی الجاریه المشتراه کذلک یحصل فیما تحقق بالنسبه الی المنتقل عنه أم لا الحق أنه لا وجه له.

ان قلت: الاجماع قائم بأنه کلما تحصل به الاجازه فیما تعلق بمورد الانتقال الیه یحصل به الفسخ فیما تعلق بمورد الانتقال عنه، هذا من ناحیه و من ناحیه أخری ان المستفاد من بعض النصوص کون بعض الافعال مسقطا للخیار و لو لم یقصد به الاسقاط.

و فیه: أولا ان الاجماع المدعی فی المقام لیس اجماعا تعبدیا کاشفا عن

...

رأی المعصوم علیه السلام، و ثانیا ان القدر المتیقن من الاجماع عدم الفرق بین الاجازه و الفسخ فیما یکون للفعل ظهور عرفی.

و أما النصوص فهی مختصه بما انتقل الیه، فان التصرف فیه کانت اجازه و لا وجه للتعدی بما انتقل عنه، مضافا الی أن النصوص وارده فی خیار الحیوان

و المـدعى عـام منـه، و أمـا كـون التقبيـل رجوعـا فى الطلاـق و ان لم يقصـد به الرجـوع حكم خـاص فى مـورد خـاص لوجـود خصوصيه فى الطلاق، كما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله.

ثم إنه أفاد المصـنف قـدس سـره: أن من له الخيار لو تصـرف فيما انتقل عنه فهـذا دليل على الفسخ سواء كان تصـرفا خارجيا او اعتباريـا حملاـ لفعـل المسـلم على الجائز، فان أصاله حمل فعل المسـلم على الجائز من باب الظواهر المعتبره شـرعا من الامارات الشرعيه، فيدل على الفسخ لا من الاصول التعبديه حتى يقال انها لا تثبت اراده التصرف للفسخ.

ثم ان التصـرفات الاعتباريه كالبيع و الاجاره و النكاح و ان حلت لغير المالك لعـدم عدها تصـرفات فى ملك الغير، الا أنها تدل على اراده الانفساخ بها بضميمه أصاله عدم الفضوليه. و المراد بهذا الاصل الظاهر، فلا وجه لمعارضته بأصاله عدم الفسخ، مع أنه لو أريد به أصاله عدم قصد العقد عن الغير فهو حاكم على أصاله عدم الفسخ.

و ما أفاده لا يمكن المساعده عليه: أما بالنسـبه الى حمل فعل المسلم على الصحه فأولا يرد عليه النقض بكثير من الموارد، فانه لو شك فيما تكلم أحد بكلام مردد بين الشـتم و السـلام لا بد من رد جوابه بمقتضى الاصل المذكور و الحال أنه كما ترى، و كذا لو نرى أن مسلما يتصرف فى عين لا بد أن يلتزم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۲

قوله: هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل به قبله متصلا به (۱).

بجواز شهاده كون الثوب له و هو كما ترى.

و ثانيا- ان البحث فى المقام لا ينحصر على المسلم بل بحث عام شامل للكافر أيضا، و الدليل المذكور يختص بالمسلم فقط.

و

ثالثا- انه ما المراد من أصاله حمل المسلم على الصحه، فان كان المراد منه الاصل الجارى فى باب المعاملات بالمعنى الاعم فلا شبهه فى جريانه و ترتيب الاثر عليه، و لكن لا يرتبط بالمقام، فانه لو أحرز جواز التصرف لأحد فعند تصرفه لو شك فى أنه كان جامعا للشرائط أم لا يحكم بالجامعيه، بلا فرق بين أن يكون المتصدى مسلما أو كافرا، و ان كان المراد من الاصل معنى قوله «قولوا له قولا حسنا» فهذا على مقتضى القاعده لو لم يدل عليه الآيات و الروايات الا أنه أجنبى عن المقام، فان مفاده عدم حمل فعل الغير على الفساد، أضف الى جميع ذلك كله أن الامارات لا يكون جميع لوازمها حجه كما حققنا ذلك فى الاصول.

و أما قوله بالنسبه الى التصرف الاعتبارى فهو متين فى بعض الموارد، فان قول البائع «بعت نصف الدار» فيما اذا كان داره مشتركا، ظاهر فى بيع نصف الدار المتعلق بنفسه و لا يعتنى بقوله «انى بعت دار شريكى»، و أما اذا كان فعله امرا اعتباريا متعلقا بمال الغير فلا ظهور فى كون تصرفه فى مال نفسه، و غايه ما يقال فى المقام أصاله عدم الفضوليه، و لكنها لا يثبت الفسخ الا على القول بالاصل المثبت.

[هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل به قبله متصلا به]

اشاره

أقول: وقع الكلام بينهم فى أن التصرف سبب للفسخ أو كاشف، فيه وجهان. ربما يقال لا يترتب على هذا البحث ثمره عمليه مهمه، الا أنه ليس كذلك، فعلى القول بالكاشفيه لم يكن تقبيل الجاريه حراما لحصول الفسخ قبله

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۳

...

و لا تشمله قوله «لا تبع ما ليس عندك» فى تصرفاته الاعتباريه.

ربما يقال بكون التصرف كاشفا عن الفسخ، و لكنه خلاف ظاهر النصوص

الوارده فى باب خيار الحيوان، فان قوله «فذلک رضى منه» اشاره الى الفعل الخارجى بأنه مسقط.

هـذا أولاـ و ثانيا أنه يلزم أن لا يقع الفسـخ بالقول أبـدا، لأنه بمجرد التفوه به يكشف عن كونه منفسـخا قبله، اذ ما من قول الا و قبله قصد الفسخ.

و ثالثا- أفاد سـيدنا الاستاذ دام ظله: ان الفسخ لا يحصل الا بابراز ما فى النفس، و لذا لو أخبر الثقه بفسخ بيعه قبل شهر و لكن لم يبرزه نقول بعدم تأثير هذا الفسخ.

و رابعـا- انه قول بلاـ دليـل، اضف الى ذلـک أنه مخـالف للأصـل أيضا، فان مقتضـى الاصل يقتضـى عـدم تأثيره قبل الابراز. و الحاصل ان الفسخ من الامور الانشائيه، و الامر الانشائى عباره عن ابراز ما فى النفس بمبرز، فان المبرز قد يكون فعلا و قد يكون قولا.

و أما الاشكال المتوجه على هذا القول تكليفا و وضعا، فنتكلم فيه فى موضعين:

الاول فى الجهه التكليفيه، الثانى فى الجهه الوضعيه:

(اما المقام الاول) فربما يقال بعدم جواز التصرف فى العين فى زمان الخيار، و مجرد حق الفسخ لا يقتضى ذلک، و عليه لا طريق لتصـحيح الوطى الذى يحصل به الفسخ، فان الوطى لا بد أن يكون فى الملک. الا أن يقال: ان الفسخ يحصل بأول جزء منه، فان لزوم تقـدم الفسخ على الوطى رتبى، فلا اشـكال فى حصول الفسخ و الوطى فى زمان واحد. نعم لو کان لزوم تقديم الفسخ على الوطى زمانا لكان الامر مشكلا فى المقام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۴

...

(و أما الموضع الثانى) فالحق عـدم صـحه البيع و العتق و غيره من العقود من حيث عـدم مصادفتهما لملک العاقد التى هى شـرط لصحتهما.

ربما يقال: بصحه التصرفات المذكوره، لأنه

يحصل الفسخ بأول حرف من الجمله، فيدخل العين فى ملك الفاسخ، و بتمام الجمله يحصل البيع.

و فيه: ان هذا لا يكون فسخا، و لذا لو تكلم بأول حرف من جمله «فسخت» و لم يأت بالباقى لم يحصل الفسخ.

هذا أولا، و ثانيا ان البيع عباره عن إنشاء المعنى الكذائى، و هذا المعنى يلزم ان يقع على المملوك.

ان قلت: انه يعلق البيع على الملكيه، و ليس فيه اشكال، لأنه مما يتوقف عليه صحه العقد.

قلت: أولا يلزم جواز البيع معلقا على الاشتراء، بأن يبيع شيئا و لم يكن مالكا له عند البيع معلقا على اشترائه بعده كى يسلم على المشترى و لم يلتزم أحد بصحته، و حلا بأنه لا يجوز بيع ما ليس عنده حين البيع و ان حصل عنده بعده لان بيعه على نحو التنجيز بيع لمال الغير و على نحو التعليق فبطلانه أوضح من أن يخفى.

و قال الميرزا النائينى قدس سره: بأن الانشاء و ان لم يقع فى الملك الا أن المنشأ يقع فى الملك. و بعباره أخرى: يحصل الفسخ بالانشاء و البيع بالمنشإ.

و فيه: ان هذا يتوقف على كون الانشاء غير المنشأ، و الحال انهما أمر واحد و انما الفرق بينهما بالاعتبار.

و الانصاف أن إنشاء البيع لا بد أن يقع فى الملك، و لا يحصل الفسخ و البيع بلفظ واحد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۵

...

و قد يقرر هذا بما نقل التذكره عن بعض العامه من أن الشى ء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد، كما أن التكبيره الثانيه فى الصلاه بنيه الشروع يخرج بها عن الصلاه و لا يشرع بها فى الصلاه. و بأن البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع،

و هذا من الدور الباطل.

و أجاب العلامه قدس سره عن الاشكال الاول فى التذكره بمنع عدم صحه حصول الفسخ، و العقد بشى ء واحد بالنسبه الى الشيئين. و بعباره واضحه: ان الممنوع انما هو كون الشى ء الواحد فسخا و تمليكا بالنسبه الى أمر واحد، فالفعل الواحد لا يعقل أن يكون تمليكا و فسخا لذلك التمليك، و أما كونه فسخا لملكيه و محدثا لملكيه اخرى فلا مانع منه.

و يمكن أن يقرب الاشكال الاول بوجه آخر، و هو أن الفسخ استرجاع للملك و العقد اخراج عن الملك، و لا يعقل الاخراج الا بعد الادخال، فلا يمكن أن يخرج عن الملك و يدخل فيه بأمر واحد فى آن واحد.

الا- أن يجاب عنه بأن الفسخ يحصل بأول حرف من «فسخت» و البيع يحصل بتمامه، الا أن يكون السبب أمرا بسيطا كإشاره الاخرس، فان الامر مشكل فيه.

و أفاد المصنف فى المقام بأنه لو قلنا بأن الانشاء يلزم أن يكون فى الملك يشكل بأن صحه العقد تتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع أجزاء العقد لتقع فيه، فاذا فرض العقد أو جزء من اجزائه فسخا كان سببا لتملك العاقد مقدما عليه، لا-ن المسبب انما يحصل بالجزء الاخير من سببه، فكلما فرض جزء من العقد قابل للتجزئه سببا لتملك كان التملك متأخرا عن بعض ذلك الجزء، و الا لزم تقدم وجود المسبب على السبب، و الجزء الذى لا يتجزى غير موجود فلا يكون سببا. مع أن غايه الامر حينئذ المقارنه بينه و بين التملك، و قد عرفت أن الشرط بمقتضى الادله سبب التملك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۶

...

على جميع اجزاء العقد قضاء لحق الظرفيه.

و الحق أن ما أفاده المصنف تحقيق دقيق، لكن

يمكن دفع الاشكال: بأن الامر فى هذا المقام موكول الى العرف و بنظره لا يكون تأخر و تقدم بل مقارنه و هى تكفى.

و أما الجواب عن الاشكال الثانى- و هو الدور- فأجاب الشهيد قدس سره بمنع الدور التوقفى و ان الدور معى، الا أنك عرفت أن الدور توقفى. و الحق فى دفع الاشكال ما تقدم منا آنفا من أن الفسخ يحصل بالجزء الاول و البيع يحصل بتمامه.

و الحق فى الجواب: هل يمكن أن يدخل المقام فى مسأله «من باع شيئا ثم ملك»؟ قال المصنف: انه بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار اجازه العاقد ثانيا بناء على ما ذكرنا فى مسأله الفضولى من توقف لزوم العقد المذكور على الاجازه.

لكن هذا على تقدير القول به و الاغماض عما تقدم فى العقد الفضولى لا يجرى فى مثل العتق الغير القابل للفضولى.

أقول: ان أصل المدعى لا بأس به، الا أن قاعده من باع شيئا ثم ملك لا دليل عليها كما حققنا فى محله.

ثم قال المصنف: يمكن أن يقال ان المستفاد من الادله عدم وقوع البيع فى ملك الغير بغير اذنه، فالممنوع شرعا تمام السبب فى ملك الغير لا- وقوع بعض اجزائه، اذ لا- دلاله فى أدله اعتبار الملكيه فى المبيع الا- على اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا، و الحصر فى قوله «لا بيع الا فى ملك» اضافى بالنسبه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۷

قوله: فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له فقال «اعتقهما» فربما يقال بانعتاق الجاريه دون العبد، لان الفسخ مقدم على الاجازه (۱).

الى البيع فى ملك الغير أو فى غير الملك كالمباحات الاصليه، فلا- يعم المستثنى منه البيع الواقع بعضه فى ملك الغير. و الانصاف

ان ما ذهب اليه لا يمكن مساعدته، لان حمل الحصر على الاضافى خلاف الظاهر فلا يصار اليه الا بالدليل.

و أيضا قال المصنف: ان المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد لا نفس العقد، فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد و النقل و التملك العرفى يحصل بتمامه، فيقع النقل فى الملك.

و فيه: انه لا دليل على كون المراد بالبيع هو النقل العرفى، بل انه كما حقق فى محله امر اعتبارى مبرز بالابراز تاره يكون موضوعا للاعتبار الشرعى و أخرى للعرفى و ثالثه لا يكون موضوعا لكليهما كبيع السفيه.

ثم انه قال: نعم التصرفات الفعليه المحققه للفسخ كالوطى و نحوه لا وجه لجواز الجزء الاول منها، فالوطى المحصل للفسخ لا يكون حلالا ـ بتمامه. و توهم أن الفسخ اذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولا كان أو فعلا فاسدا، فان معنى جواز الفسخ الجواز الوضعى أعنى الصحه لا التكليفى، فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ.

و أفاد السيد اليزدى قدس سره: أنه لو سلمنا افادته للجواز التكليفى أيضا فنقول أنه يدل على الجواز من حيث أنه فسخ لا من جميع الحيثيات، فالوطى مرخص فيه من حيث أنه فسخ لكنه حرام من جهه عدم الملكيه.

و يرد عليه: انه كلام خيالى لا واقع له، فانه لا دليل على الجواز كى يقال بأنه حيثى.

[فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له]

اشاره

أقول: و يرد عليه كما أفاده المصنف بأنه لا مجال لهذا البيان فى المقام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۸

...

فان تقدم الفسخ على الاجازه فيما يكون من الطرفين اذ لا تنافى بين الامرين.

و يظهر الامر فيما لا يكون خيار الامن طرف واحد، فانه لو فسخ ينفسخ العقد بلا كلام.

و الحق أن يقال:

تحقيق الحال فى هذا الفرع يقتضى البحث عن صور:

(الصوره الاولى) أن يقصد بالعتق إنشاء الفسخ و الاجازه معا،

قال السيد:

فهذه الصوره لا تتصور، اذ لا يمكن قصد الفسخ و الاجازه بالنسبه الى عقد واحد فى زمان واحد.

و فيه: ان الامر الاعتبارى خفيف المئونه، فلا اشكال فى اعتبار الفسخ و الاجازه فى زمان واحد. الا أن الامر مشكل فى ناحيه المنتهى، اذ تحقق كلا الامرين شرعا محال و تعين أحدهما دون الاخر ترجيح بلا مرجح. هذا بالنسبه الى الاجازه و الفسخ، و أما بالنسبه الى العتق فمقتضى القاعده صحه العتق بالنسبه الى العبد لتماميه أركانه، و البطلان بالنسبه الى الجاريه لعدم كونها ملكا للمشترى، فلا يصح الا بنحو الفضولى غير الجارى فى العتق.

(الصوره الثانيه) أن يقصد بالعتق إنشاء الاجازه فقط،

فمقتضى القاعده تحقق الاجازه لوجود المقتضى و عدم المانع، و يصح عتق العبد لوقوعه فى الملك و يبطل بالنسبه الى الجاريه، اذ عتق الجاريه موقوف على قصد الفسخ و المفروض عدمه.

(الصوره الثالثه) أن يقصد إنشاء الفسخ دون الاجازه،

و فى هذه الصوره ينفسخ العقد بمقتضى الفسخ و يصح العتق بالنسبه الى العبد لوقوعه فى الملك و يصح بالنسبه الى الجاريه أيضا لدخولها فى الملك بالفسخ.

ان قلت: هذا يصح فيما اذا تقدم الفسخ على العتق و المفروض مقارنتهما فيؤثر كل منهما أثره.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۹

قوله: مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ (۱).

(الصوره الرابعه) أن يعتق مع الغفله عن الفسخ و الاجازه،

فعتق العبد صحيح و أما عتق الجاريه فالظاهر بطلانه، لان العتق التنجيزى لا يمكن لعدم كونه مالكا له حينه و العتق الفضولى باطل.

(الصوره الخامسه) لا يقصد شيئا منهما،

و حكمها ظاهر.

(الصوره السادسه) أن يصدر هذا الامر مع الجهل بكيفيته،

فالظاهر عدم الحمل على شی ء منهما لكونه ترجيحا بلا مرجح فلا يتحقق الاجازه و لا الفسخ.

فظهر أن قول الشيخ فی تضعيف ما ربما يقال ينعتق العبد دون الجاريه، لا ـ يساعد عليه بل هو قوی كما عرفت، و القول بأنه يتوقف علی الاجازه دعوی بلا دليل، بل لو فسخ بعد ذلک ينفسخ العقد، و حيث أن البدل تالف حكما يدفع بدله.

ثم انه لو فرض الخيار لبايع العبد دون مشتريه فلا شبهه فی عدم تأثير الاجازه و الفسخ، لان المفروض أنه ليس لمشتری العبد الخيار، و أما العتق فبالنسبه الی العبد يتوقف علی نفوذه ممن ليس له الخيار، و أما بالنسبه الی الجاريه فلا يصح لعدم الملک، و الفضوليه غير جاريه فی الايقاع بالإجماع.

و أما لو كان الخيار لهما فتاره يجوز تصرفهما فی العين فی زمن الخيار و أخری لا يجوز، و علی الاول الكلام فيه هو الكلام فی الصوره الاولی، و علی الثانی فلو قصد بالعتق الفسخ يصح عتق الجاريه.

[مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذی الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ]

اشاره

أقول: ان الكلمات مختلفه فی المقام، قول بجواز التصرف مطلقا، و قول بعدمه مطلقا، و قول بوقوعه جائزا الا انه متزلزل ما دام الخيار موجودا.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۴۰

...

و لا يخفی أن هذا القول يبتنی علی مسلک الطوسی، و اما علی القول بعدم تحقق الملكيه الا بعد انقضاء الخيار، فلا مورد لهذا القول، اذ المفروض أن العين لا تكون مملوكه للمتصرف، و مع فرض عدم الملكيه لا يجوز التصرف لا تكليفا و لا وضعا. و هذا علی طبق القاعده، فالكلام علی مبنی تحقق الملكيه بالعقد،

و يقع الكلام فی المقام من جهات:

الجهه (الأولی) فی جواز التصرف تكليفا،

و ربما يقال بأنه لا يجوز التصرف فی العين بتصرف يكون مبطلا و معدما للموضوع، و ذلک لان الخيار متعلق بالعين فكما أن التصرف فی ملک الغير حرام لكونه غصبا كذلک التصرف فی متعلق حق الغير حرام.

و يرد عليه: أولا انه على هـذا البيان لا فرق بين عير ذى الخيار و من له الخيار فان الملاك واحـد، و الحال أن عنوان الكلام يدل على اختصاص الاشـكال بغير ذى الخيار. و ثانيا ان الخيار قائم بالعقـد لا بالعين، و الـدليل عليه أنه يجوز التفاسـخ حتى بعد تلف العين.

و للميرزا قدس سـره تقريب فى المقام، و هو: أن الخيار متعلق بالعقد بما أنه طريق الى شـخص العين لا الى ماليته، و بنى ما أفاده قدس سـره على مسأله ضـمان اليد، فانه لو قلنا بأن المدار على يوم التلف فالطريق طريق الى الماليه، و ان قلنا بأن المدار على يوم الاداء فالطريق طريق الى شخص العين، و حيث أن المدار على يوم الاداء فلا يجوز التصرف فى العين بل يجب ابقاؤها.

و يرد عليه: انه ما المراد من الطريقيه، فانه ان كان

المراد بها أن العقد واسطه فى العروض فيكون المعروض فى الحقيقه العقد و لا مدخليه للعين فهو كما ترى، و ان كان المراد انه واسطه فى الثبوت- أى يكون الحق المتعلق بالعقد واسطه فى تعلق حق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۴۱

...

بالعين و فى الحقيقه يتعدد الحق- فهو أمر ممكن فى حد نفسه لكن لا دليل عليه.

(الجهه الثانيه) فى جواز التصرف الوضعى و عدمه،

و مما ذكرنا فى الجهه الاولى ظهر الحال فى هذه الجهه أيضا، اذ بعد فرض كون العين مملوكه لمن عليه الخيار و عدم تعلق حق بها لا وجه لعدم الجواز، بل الجواز على القاعده.

مضافا الى أنه لو سلم تعلق حق طولى متعلق بالعين كما عليه الميرزا فلا وجه لعدم جواز التصرف البيعى، لان مجرد البيع لا يعدم العين. فعلى الفرض الذى ذهب اليه الميرزا لا بد من الالتزام بصحه البيع، غايه الامر لو فسخ ذو الخيار ينفسخ العقد الاول. نعم بناء على القول المذكور لا يجوز التصرف المعدم للعين، اما تكوينا كالأكل و اما اعتبارا كالعتق، حيث ان الحر لا يرجع رقا.

(الجهه الثالثه) فى أنه هل يكون فرق بين الخيار الشرعى و بين الخيار الجعلى المتحقق بالشرط،

يقع الكلام فى مورد الخيار الجعلى فى موضعين:

الاول- فى الحكم التكليفى، أفاد الاستاذ دام ظله بأن الغرض من الشرط فى الغالب ابقاء العين فلا يجوز التصرف تكليفا.

و فيه: ان الغالب لا يفيد فى غير الغالب، مضافا الى أن الغرض لا أثر له بل لا بد من القصد و الانشاء على طبقه، فما أفاده غير تام.

الثانى- فى الحكم الوضعى، و الظاهر نفوذ التصرف لعدم وجه للفساد كما هو ظاهر. نعم لو قلنا بأن التصرف حرام تكليفا و قلنا بأن الحرمه التكليفيه تقتضى الفساد وضعا يلزم الفساد لكن فى كلا الامرين نقاش.

ثم انه هل يكون فرق بين كون العقد الثانى جائزا و بين كونه لازما؟ الظاهر أنه لا فرق، و لا مجال لانحلال العقد الثانى بانحلال العقد الاول، فان العقد الثانى لا يرتبط بالعقد الاول بل صدر من أهله و وقع فى محله، و أيضا ظهر أنه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۴۲

...

لا مجال للقول بأنه يلزم من عليه الخيار بالفسخ.

و ببيان أوضح ان من

له الخيـار بعـد الفسـخ امـا يملـك العين بانتقالهـا من يـد المشترى الثـانى و هـذا لاـ وجه له كما مر، و اما يملكها مع كونها ملكا لمالكهـا الاـول و هـذا غير معقول، و اما يملك العوض من المثل أو القيمه و عليه لا وجه لإجباره على الفسـخ. و لا يقاس المقام بباب بدل الحيلوله، فان المغصوب منه فى ذلك الباب يملك نفس العين بخلاف المقام.

ثم انه لو قلنا بانفساخ العقد الثانى فهل يكون من حين انفساخه أو من الاصل؟

اختـار صـاحب المقـابيس أنه من الاصـل، محتجا بأن مقتضـى الفسـخ تلقى كل من العوضـين من ملك كل من المتعاقـدين، فلا يجوز أن يتلقى الفاسـخ الملك من العاقـد الثانى، بل لا بد من انفساخ العقد الثانى بفسخ الاول و رجوع العين الى المالك الاول ليخرج منه الى ملك الفاسـخ، الا أن يلتزم بأن ملك العاقـد الثانى الى وقت الفسـخ، فتلقى الفاسـخ الملك بعـد الفسخ من العاقد الاول و رده بعدم معروفيه التملك الموقت فى الشرع.

و لكن يمكن أن يقال: ان مقتضـى الجمع بين الادله القول بانفساخ العقد من حين الفسخ، حيث أن مقتضـى بعض الادله اشتراط كون البـائع مالكـا للمبيع، و مقتضـى الاـخرى جواز استرجـاع البائع العين المبيعه فى زمن الخيار، و مقتضـى الثالثه كون المشترى مالكا لها ما دام لم يفسـخ، فمقتضـى الجمع بينهما ما ذكرنا من الالتزام بانفساخ العقـد من حين الفسخ، فيكون منفسـخا على نحو النقل لا الكشف.

ثم انه على القول بممنوعيه التصـرف فى زمن الخيـار فالمقـدار المعلوم من المانعيه هو زمان تحقق الخيار فعلا كخيار المجلس و الحيوان، و أما لو لم يتحقق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۴۳

قوله: فرعان الاول لو منعا عن التصرف

المتلف فی زمان الخیار فهل یمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذی الخیار من العین کوطی الامه فی زمان الخیار بناء علی أن الاستیلاد مانع من رد العین بالخیار قولان (۱).

بعد اما لعدم تحقق سببه کخیار التأخیر الناشئ عن تضرر البائع أو لعدم تحقق شرطه کما فی بیع الخیار بشرط رد الثمن ففیه اشکال، و منشأ الاشکال من أنه لا حق بالفعل لذی الخیار فلا مانع من التصرف، و من أن المانع من التصرف موجود و هو تزلزل العقد فلا یجوز.

و فصل المحقق النائینی بین خیار الاشتراط و بین الخیارات التعبدیه، بالالتزام بعدم جواز التصرف فی الاول دون الثانی، بتقریب أن الشرط یوجب حقا لمن له الشرط فالحق موجود بالفعل و لذا یکون قابلا للإسقاط و لا یکون من اسقاط ما لم یجب، و هذا التقریب لا یجری فی القسم الاخر.

و یرد علیه: أن المانع الحق المتعلق بالمال و بالشرط لا یتعلق حق بالمال و لا بالعقد بل طرفاه المتعاقدان، فلا موضوع لهذا الکلام.

قمّی، سید تقی طباطبایی، دراساتنا من الفقه الجعفری، ۲ جلد، مطبعه الخیام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفری؛ ج ۴، ص: ۴۴۳

و فصل الشیخ بوجه آخر، و هو الفرق بین الخیار المتوقف علی حضور الزمان و المتوقف علی شی ء آخر کالتأخیر و الرؤیه علی خلاف الوصف، لان ثبوت الحق فی الاول معلوم و ان لم یحضر زمانه بخلاف الثانی.

و فیه: نقضا ان ثبوت الحق فی غیر المتوقف علی الزمان قد یکون معلوما، و حلا ان الحکم تابع لموضوعه، فلا وجه للالتزام بتحققه قبل تحقق موضوعه، و موضوع عدم جواز التصرف هو الخیار، و المفروض أنه لم یتحقق فلا

وجه للممنوعيه عن التصرف.

[فرعان]

[الأول لو منعا عن التصرف المتلف فی زمان الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذی الخيار من العين]

أقول: وجه الجواز أمران: الاول ان الممنوع منه التصرف المتلف

قوله: الثانی انه هل يجوز اجاره العين فی زمان الخيار بدون اذن ذی الخيار (۱).

و اما جعل العين معرضا للتلف حراما فليس و لذا يجوز تعريض العين للبيع، و الثانی استصحاب عدم تحقق الاستيلاد.

و أورد الميرزا النائينی قدس سره على كلا الوجهين:

أما فی الوجه الاول- فبأن قياس المقام بالتعريض مع الفارق، اذ البيع أمر اختياری، فيمكن أن الشخص يعرض العين للبيع لكن لا يبيع، و أما الاستيلاد فليس اختياريا بعد الوطی.

و أما فی الوجه الثانی- فبأن اتصال الماء بالرحم ليس موضوعا للحكم، بل الموضوع للحكم هو الوطی الموجب للحمل، و لا يجری فيه الاستصحاب اذ النعتی منه ليس فيه حاله سابقه و المحمولی منه ليس حجه.

و فيه: أولا ـ ان أصاله الاباحه و أصاله الحليه كافيتان لإثبات المطلوب، و ثانيا لا مانع من جريان استصحاب العدم الازلی فی المقام، و ثالثا انه لا شبهه فی أن الوطی بنفسه ليس موضوعا للحمل بل لا بد من اتصال النطفه بالرحم، و لا مانع من جريان اصل عدم الاتصال.

[الثانی أنه هل يجوز إجاره العين فی زمان الخيار بدون إذن ذی الخيار]

أقول: ان هذا البحث مبنی على عدم جواز التصرف فی العين، يظهر من كلام الشيخ فی وجه عدم الجواز أن الاجاره تنافی حق ذی الخيار على العين. و لكنك ترى أنه لا منافاه بينهما، فان البائع باعمال الخيار يسترد العين الى ملكه، و ليس من لوازم الملكيه التصرف فی جميع منافعها فانها تبقى تحت يد المستأجر خارجا الى أن تنقضی مده الاجاره.

ثم ان على تقدير صحه الاجاره هل تنفسخ الاجاره بفسخ ذی الخيار أم

...

لا؟ ما يمكن أن يقال في

وجه الانفساخ أمور:

(منها) ان ملكيه المبيع للمشترى يكون الى حين الفسخ، فانه ليس نقض أمر ثابت، بل هو من باب ضيق فم الركيه، فالرجوع الى من له الخيار على القاعده.

و فيه: انه خلاف ظاهر الملكيه المطلقه، فان مقتضاها كونه مالكا لمنفعتها الى الابد، و الفسخ يرفعها و بالنسبه الى المنافع لا مجال للرجوع.

(و منها) ان الفسخ يقتضى عود الشى ء الى ما كان بحاله الاول، فرجوعه الى ما كان يتوقف الى انفساخ الاجاره حتى يتحقق معنى للفسخ.

و فيه: ان مقتضى الفسخ و ان كان كما ذكرت الا أن مقتضى الجمع بين الادله يقتضى عدم انفساخ الاجاره، لأنها صدرت من أهله و وقعت فى محله، فيعود الملك اليه مسلوبه المنفعه فى مده الاجاره.

(و منها) أنه يجب على المشروط عليه ابقاء العين مع جميع خصوصياته فى زمن الخيار، و هو ممنوع من التصرف و لو بالاجاره.

و يرد عليه: لو سلم أن دائره الشرط تشمل حتى الاجاره، لكن نقول بأن الشرط لا يقتضى المنع الوضعى، و الحرمه التكليفيه لا يلازم الجهه الوضعيه، بل النسبه بينهما عموم من وجه، و من الجائز أن يكون اجارته حراما تكليفا و صحيحا وضعا.

ثم انه لو قلنا بعدم الجواز، فلو اجرى المشترى العين من ذى الخيار أو باذنه ثم فسخ قال الشيخ يعود الملك الى الفاسخ مسلوب المنفعه.

ان قلت: ان ملك المنفعه تابع لملك العين، بمعنى أنه اذا ثبت الملكيه فى زمان و كان زوالها بالانتقال الى آخر ملك المنفعه الدائمه، لان المفروض أن

...

المنتقل اليه يتلقى الملك من ذلك المالك فيتلقاه مسلوب المنفعه، و أما اذا ثبت و كان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد اليه

متلقی عن المالک الاول و مستندا الیه بل کان قبل تملک المال الاول فیتبعه المنفعه، کما لو فرضنا روال الملک بانتهاء سببه لا برفعه، کما فی ملک البطن الاول من الموقوف علیه، فان المنفعه تتبع مقدار تملکه.

قلت: أولا منقوض بما اذا وقع التفاسخ بعد الاجاره مع عدم التزام أحد ببطلان الاجاره، و ثانیا أنه یکفی فی ملک المنفعه الدائمه تحقق الملک المستعد للدوام لو لا الرافع آنا ما، و لیس المقام کالوقف، فان البطن اللاحق یتلقی الملک من الواقف لا من البطن السابق، فاجاره البطن السابق تبطل بموته.

أقول: تحقیق الحال یقتضی أن یقع الکلام فی جهتین: الاولی ان الاجاره تبطل بالفسخ بقاء، الثانیه ان العین ترجع الی الفاسخ مسلوبه المنفعه.

أما الجهه الاولی- فالحق کما ذکره المصنف عدم بطلان الاجاره، و قد أشبعنا الکلام فیه.

و أما الجهه الثانیه- فالظاهر من الفسخ رجوع العین الی الفاسخ علی ما هو علیه، و المفروض أن العین لم تکن مسلوبه المنفعه، و حیث أنه لا وجه لفساد الاجاره بقاء فیلزم الغرامه أداء بأجره المثل و لیس مجال لبدل الحیلوله کما أفاده سیدنا الاستاذ، لأنه یختص بما کان المبدل ملکا لمالکه و المنفعه لیست ملکا للفاسخ اذ المفروض أنه انتقلت الی الغیر.

ثم انه لو أذن ذو الخیار فی التصرف هل یسقط خیاره بهذا التصرف؟ قال الشیخ نعم، اما لدلاله الاذن علی الالتزام بالعقد عرفا و اما لان التصرف الواقع باذن صاحبه تفویت لمحل هذا الحق و هی العین، و لا یتعلق الحق بالبدل لان

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۴۷

قوله: مسأله المشهور أن المبیع یملک بالعقد و أثر الخیار تزلزل الملک بسبب القدره علی رفع سببیته (۱).

أخذ البدل بالفسخ فرع تلف

العين فى حال حلول الحق فيه لا مع سقوطه عنه.

و يرد عليه: بأن ما أفاده مبنى على كون الإذن فى التصرف دليلا على الالتزام بالعقد، و كذا ما ذكره من الاستدلال مبنى على كون متعلق الخيار هو العين، و أما اذا كان متعلقه العقد كما هو الحق فلا مجال لما ذكره.

و لو اذن فى التصرف و لم يتصرف فهل يكون مسقطا للخيار أم لا، أفاد المصنف أن اذن ذى الخيار فى التصرف المخرج فيما انتقل عنه للأجنبى فسخ عند العرف، و أما اذنه للمشترى فى التصرف هل هو اجازه و اسقاط لخياره أم لا، تردد المصنف فيه، فمال فى أول كلامه بعدم مسقطيته و مال فى آخر كلامه الى كونه مسقطا حيث قال: نعم يمكن القول باسقاطه من جهه تضمنه للرضا بالعقد، فانه ليس بأدون من رضا المشترى بتقبيل الجاريه، و يؤيده روايه السكونى «۱» فى كون العرض على البيع التزاما.

أقول: ينبغى أن يقع البحث فى مقامين: مقتضى القاعده و مقتضى النص، أما على القاعده فلا وجه لكون الاذن مسقطا الا أن يدعى الظهور العرفى فى ذلك و أما النص فهو ضعيف لا يعتمد عليه.

[مسأله المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدره على رفع سببيته]

اشاره

أقول: و استدل على ذلك بوجوه:

(الاول) أن مقصود المتبايعين من البيع حصول الملكيه من أول الامر و امضاء أدله البيع على ما قصداه،

فان العقود تابعه للقصود.

و استشكل عليه الشيخ بأن هذا من أضعف الوجوه، لان المتبايعين و ان

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۲ من ابواب الخيار، الحديث ۱.

...

كان غرضهما حصول الملك من حين العقد الا أن تخلف الاغراض ليس بعزيز فى باب المعاملات.

و يرد فيه: ان المتعاقدين اما قصدا حصول الملكيه من حين العقد أو من حين انقضاء الخيار، و لا ثالث لاستحاله الاهمال فى الواقعيات، و حيث أن الثانى مردود باعتراف المدعى فيبقى الاول- و هو قصدهما من حين العقد- فيشمله دليل وجوب الوفاء

على طبق ما قصداه. و أما مسأله الصرف و السلم فانه تعبد خاص، و الشارع علق الملكيه على أمر متأخر عن العقد، فان زمام الامر بيد الشارع.

لكن لا يخفى أنه كما قال الاستاذ دام ظله لا يكون هذا الاستدلال فى قبال الاستدلال بالعمومات مستقلا، بل مجموع الامرين يفيد المدعى.

(الثانى) ما استدل به المصنف من قوله عليه السلام «البيعان بالخيار»

بتقريب أن الخيار استرجاع العين، و هو فرع الخروج عن ملكه، فتكون الملكيه حاصله من الاول.

و أورد عليه المحقق الايروانى: أن ما ذهب اليه المصنف قدس سره يبنى على تعلق الخيار بالعين، و لكنه ليس كذلك بل هو متعلق بالعقد، و عليه لا يستلزم الخيار تحقق الملكيه.

أقول: ان ما أورده متين جدا.

(الثالث) ما دل «1» على جواز النظر الى الجاريه فى زمان الخيار الى ما لا يحل له قبل ذلك،

فانه يدل على تحقق الملكيه قبل انقضاء الخيار.

و فيه: انه يمكن أن يكون حكم الامه فى المقام نظير باب الزوجه المطلقه،

---

(1) الوسائل، الجزء ۱۴ الباب ۴ من ابواب النكاح، الحديث ۳.

...

كما أنه يحصل الرجوع بأدنى التصرف بناء على انقطاع الزوجيه بالطلاق كذلك المقام. و ثانيا ان غايه ما يستفاد من الروايه سقوط الخيار بالنظر، و أما كونه جائزا فلا يستفاد منها فلا يدل على الملكيه. و ثالثا ان النزاع فى حصول الملك بالعقد و عدمه لا يشمل ما اذا اختص الخيار بالمشترى، فان الطوسى قطع فيه بحصول الملكيه من حين العقد، و المقام من هذا القبيل فان الخيار مختص بالمشترى.

(الرابع) ما دل من كون نماء المبيع فى بيع الخيار برد مثل الثمن للمشترى،

كصحيحه اسحاق بن عمار قال: حدثنى من سمع أبا عبد اللّه عليه السلام و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى أخيه فقال:

أبیعک داری هذه و تکون لک أحب إلی من أن تکون لغیرک علی أن تشترط لی ان أنا جئتک بثمنها الی سنه أن ترد علی. فقال: لا بأس بهذا ان جاء بثمنها الی سنه ردها علیه. قلت: فانها کانت فیها غله کثیره فأخذ الغله لمن تکون الغله.

فقال: الغله للمشتری، ألا تری انه لو احترقت لکانت من ماله «۱».

بتقریب: ان النماء تابع للأصل فیکون النماء للمشتری یدل علی کون المبیع للمشتری، فان مقتضی اطلاقه ثبوت الحکم حتی مع وجود الخیار من أول الامر.

(الخامس) ما یتمسک بالاخبار الوارده فی العینه، و هی أن یشتری الانسان شیئا بنسیئه ثم یبیعه بأقل منه فی ذلک المجلس نقدا،

حیث أن بعض هذه الاخبار یشتمل علی فقرات یستأنس بها لمذهب المشهور، مثل صحیح بشار بن یسار قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یبیع المتاع بنساء فیشتریه من

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من ابواب الخیار، الحدیث ۱.

...

صاحبه الذی یبیعه منه. قال: نعم لا بأس به. فقلت له: اشتری متاعی؟ فقال:

لیس هو متاعک و لا بقرک و لا غنمک «۱».

بتقریب: ان جواز بیعه یدل علی کونه مالکا له، و کذا یمکن أن یستدل علیه بذیل الروایه حیث قال «لیس هو متاعک»، فانه یدل علی خروج العین بالبیع.

و فیه: ان غایه ما یستفاد من اطلاق الروایه کون البیع مقتضیا للملکیه، و لا ینافی ذلک بالدلیل الدال علی حصولها بعد انقضاء الخیار.

و أجاب عنه الشیخ بأن جواب الامام علیه السلام مبنی علی جواز بیعه علی البائع، لان تواطئهما علی البیع الثانی اسقاط للخیار من الطرفین.

و فیه: ان

التواطؤ لا يسقط الخيار لعدم الدليل عليه، و الاشكال بأنه لو دل دليل على عدم ثبوت الملك مع الخيار لا يعارضه هذا النص و ما يكون بمضمونه فى محله.

و أيضا: أجاب بأنه لو سلم ما ذكر من الدلاله على ملك المشهور لم يدفع به الا القول بالنقل دون الكشف.

و فيه: ان الظاهر المستفاد أن العقد الثانى بما هو موجب لسقوط الخيار، بلا فرق بين القول بالكشف او النقل.

(السادس) ما استدل به العلامه فى التذكره على ثبوت الملكيه بالعقد بصحيحه محمد بن مسلم

عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل باع مملوكا فوجد له مالا. قال: فقال المال للبائع انما باع نفسه، الا أن يكون شرطه عليه ان ما كان له مال أو متاع فهو له «۲». بتقريب انه استفاد ان مال المملوك للمشترى.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من ابواب احكام العقود، الحديث ۳.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۷ من ابواب بيع الحيوان، الحديث ۱.

...

و يرد عليه: ان النص المذكور لا- ينافى ما دل على حصول الملك بعد انقضاء الخيار. و بعباره أخرى: هذه النصوص لا تعرض فيها لحصول الملكيه من حين العقد أو من حين انقضاء الخيار، فان المستفاد من هذه النصوص ان مال العبد تابع له فيما يشترط أو فيما يعلم به البائع و مطلقا اذا لم يقيد خلافه.

(السابع) قوله صلى اللّه عليه و آله «الخراج بالضمان»

بتقريب ان المبيع فى زمان الخيار المشترك أو المختص بالبايع فى ضمان المشترى فخراجه له، و هى علامه ملكه.

و فيه: أولا انها ضعيفه لا يتمسك بها، و ثانيا كون المشترى ضامنا له فى مده الخيار أول الكلام.

هذا تمام الكلام فى الادله التى أقاموها لحصول الملكيه بالعقد، و يقع الكلام فيما استدل على حصول الملكيه بعد انقضاء الخيار ببعض النصوص، كقوله «تلف المبيع فى زمن الخيار من مال بايعه» «۱» بتقريب: ان الخراج بالضمان فيدل على كون المبيع فى زمان الخيار للبائع، فانه بعد ما ثبت ضمان البائع نلتزم بكونه مالكا للعين للتلازم المستفاد من تلك القاعده.

و يرد فيه: أولا- ما عرفت آنفا أن النبوى المذكور ضعيف لا- يعتمد عليه، و ثانيا ان شمول كلام الطوسى للخيار المختص بالمشترى أول الكلام، و ثالثا انه لو أغمض عن ضعف السند و

يتمسک باطلاق الخراج بالضمان يلزم تأسيس فقه جديد.

و لنا أن نقول: ان المراد بالضمان فى الروايه ليس مطلق الضمان، بل الظاهر منه الضمان المعاملى، فيكون المعنى أن الضمان المتعلق بالعين يقتضى

---

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ۵ و ٨ من ابواب الخيار، الحديث ٢ و ٢.

...

ملک المنفعه، فيكون أجنبيا عن محل الكلام. و ثانيا ان المستفاد من قوله «ليس هو متاعک و لا بقرک و لا غنمک» حصول الملكيه بالعقد، و ثالثا ان المستفاد من الروايات الوارده فى باب خيار الحيوان ان الملكيه تحصل بالعقد، و هى كثيره و ان كان بعضها ضعيفا الا ان فى صحيحها غنى و كفايه، و هو قوله «صاحب الحيوان المشترى بالخيار ثلاثه ايام» «١» و قوله «صاحب الحيوان ثلاث» «٢».

قال المصنف: و على أى حال ان الاخبار الداله على كون الضمان على البائع اما أن تجعل مخصصه لأدله المشهور بضميمه قاعده تلازم الملک و الضمان أو لقاعده التلازم بضميمه أدله المسأله، فيرجع بعد التكافؤ الى أصاله عدم حصول الملک بالعقد قبل انقضاء الخيار، و لكن هذا فرع التكافؤ المفقود فى المقام من جهات أعظمها الشهره المحققه المؤيده بالإجماع.

و فيه: أولا ان قانون التلازم قد ناقشنا فى روايته سندا و دلاله.

و ثانيا- على فرض التكافؤ لا وجه لرجوعه الى الاصل، لان الجمع الدلالى ما دام ممكنا لا تصل النوبه الى الجمع السندى، فان ما دل على كون المبيع للمشترى يجعل مخصصا لقانون التلازم لكونه صريحا فى المطلوب.

و ثالثا- انه لا تكون الشهره الفتوائيه مرجحه على تقدير التكافؤ، و عليه فالمرجع «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ»، و مقتضاهما حصول الملكيه من أول الامر.

ثم ان بعد

ما ظهر أن الحق ما عليه المشهور لا تصل النوبه الى أن هذا الحكم يجرى فى الخيار المنفصل أو يختص بالخيار المتصل، و أيضا لا مجال للبحث من أنه يختص بخيار الشرط و الحيوان أو يعم بقيه الخيارات، فان

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۳ من أبواب خيار الحيوان، الحديث ۲.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۳ من أبواب خيار الحيوان، الحديث ۶.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۵۳

قوله: مسأله و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجمله (۱).

المدعى من أصله فاسد.

[مسأله و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجمله]

أقول: قبل بيان الحال فى المسأله ينبغى تأسيس أصل فى المقام يكون مرجعا عند الشك، فنقول: لو تلف المبيع عند المشترى فى زمان خياره المختص به يكون مقتضى القاعده عدم ضمان البائع، فان مقتضى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بقاء العقد على حاله، و أيضا مقتضى استصحاب بقاء العقد على حاله و عدم الانفساخ عدم ضمان البائع.

و أما استصحاب الضمان الثابت قبل القبض فيرد عليه: انه يكون أخص من المدعى، فانه يمكن أن يفرض أن يكون المال عند المشترى من أول الامر، و القول بعدم الفصل لا مجال له، فانه يرد عليه: أولا انه فرق بين القول بعدم الفصل و بين عدم القول بالفصل.

و ثانيا- ان القول بعدم الفصل انما يكون بين الاحكام الواقعيه لا الظاهريه.

هذا أولا و ثانيا ان الاستصحاب لا يجرى مع وجود الدليل الاجتهادى كما هو ظاهر.

و ثالثا- ان الضمان بمعنى ضمان المثل و القيمه ليست له حاله سابقه، و بمعنى انفساخ العقد يرجع الى الاستصحاب التعليقى الذى لا نقول به.

و رابعا- ان هذا الاستصحاب داخل فى استصحاب الحكم الكلى الذى لا نقول به.

و خامسا- ان مقتضى

روایه «۱» عقبه بن خالد عدم الضمان بعد القبض، لکن

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۰ من أبواب الخیار، الحدیث ۱.

...

الروایه ضعیفه بمحمد بن عبد اللّه بن هلال، فثبت ان مقتضی الاصل الاولی عدم الضمان، و لا بد من الخروج عن هذا الاصل من وجود الدلیل، فیقع الکلام فی جهات:

(الاولی) لا اشکال فی ثبوت هذا الحکم فی خیار الحیوان، و تدل علیه جمله من الروایات «۱»، و أیضا لا شبهه فی ثبوت هذا الحکم فی خیار الشرط بالنسبه الی المشتری للروایات المشار الیها، فان تلک الروایات تدل علی کون الضمان علی البائع لو تلف المبیع فی زمان الخیار، فانه یدل بالنسبه الی خیار الشرط ذیل روایه «۲» ابن سنان قال علیه السلام «فان کان بینهما شرط أیاما معدوده فهلک فی ید المشتری قبل أن یمضی الشرط فهو من مال البائع».

(الثانیه) هل یجری هذا الحکم فی خیار المجلس. ربما یقال بأن الشرط قد أطلق علی خیار المجلس، فیشمل الدلیل خیار الحیوان أیضا.

لکن یرد علیه: انه لا- دلیل علی هذا المدعی، اذ الظاهر من النصوص اختصاص الحکم بالشرط المقرر بین المتعاملین أو مضی ثلاثه أیام، و هی زمان خیار الحیوان.

(الثالثه) انه هل یجری هذا الحکم فی بقیه الخیارات. ربما یقال کما أفاد الشیخ قدس سره بأنه یفهم من الروایات الوارده فی المقام بأن المناط فی هذا الحکم تزلزل العقد و عدم صیروره العین ملکا لازما علی المشتری. و بعباره أخری: یستفاد هذا الحکم بعموم المناط، فانه علیه السلام قال فی روایه «۳» رواها

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب الخیار، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من أبواب الخیار، الحدیث

.۲

(۳) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب الخيار، الحديث ۲.

...

ابن سنان بعد ما سأله السائل على من ضمان ذلك: للبائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشترى.

و يرد عليه: انه لاـ يمكن الجزم بـأن المنـاط مـا ذكر، و بعبـاره أخرى لاـ ظهور فى الروايه بـأن المناط وجود الخيار، و غايه ما فى الباب كون الروايه مشعره بهذا المعنى، فلا بد من الاقتصار على مورده، و هو خيار الحيوان، و العمده فى الاشكال ما ذكرنا.

و العجب من المصـنف حيث اعـترف بـالظهور و مع ذلـك يقول بـأن الاعتمـاد على هـذا الظهور مورد تأمـل، فـان مع الاـعتراف بالظهور لا وجه للتأمل.

و استشـكل فى الاسـتدلال بوجه آخر، و هو أن الظـاهر من الروايه مـا يكون الخيـار ثابتـا من أول الاـمر، و حيث ان خيار الغبن و العيب و الرؤيه و غيرها ليس الخيار فيها ثابتا من أول الامر فلا يجرى فيه.

و يرد عليه: انه على فرض تماميه الامر و تسليم ظهور اللفظ فيه ان الخيار فى الغبن و العيب ثابت من أول الامر.

و مما يمكن أن يستدل به على العموم ما أفاده السيد قدس سره فى الحاشيه:

من أن المراد من الشـرط الوارد فى ذيل الصـحيح «۱» متعلق الخيار، بأن يقال ان المراد من الشـرط فانه لا يضـر بالاستدلال كون مورد الخبر خصوص الحيوان، لاـن الظـاهر من الكلاـم اطلاـق الحكم لكـل خيـار او لاـن الحكم فى مورد الحيوان اذا كـان عاما للخيار غير خيار الحيوان، فلا قول بالفصل. و قال قدس سره:

انه يمكن الاستدلال بهذا التقريب بالنبوى «۲» المذكور فى قرب الاسناد.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من أبواب الخيار، الحديث

.۲

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب الخيار، الحديث ۴.

...

و يرد عليه: انه خلاف الظاهر، فان الظاهر من الشرط خيار الشرط، بل الجمود على النص- كما هو مقتضى القاعده- الاقتصار على خصوص الحيوان و تعميم الحكم بغيره ذكر فى النص حتى فى مورد الحيوان لا وجه له.

و أما الروايه الثانيه فالظاهر أنه قدس سره اشتبه فى نقلها عن قرب الاسناد و الروايه ضعيفه بحسن بن أبى الحسن.

و ربما يستدل بالإجماع و عدم الخلاف، و السيد جعلهما مؤيدين للمدعى، لكن ليس تحته شى ء، فانه على فرض تحقق الاجماع لا يكون اجماعا تعبديا فلا يترتب عليه الاثر كما هو ظاهر.

(الرابعه) ان هذا الحكم مختص بالحيوان و لا- يجرى فى غيره لاختصاص الدليل، و لذا نرى فى كتب الفتوى كمنهاج سيدنا الاستاذ الاختصاص المذكور.

(الخامسه) ان مقتضى اطلاق الروايات شمول الحكم لما يكون الخيار مشتركا بين المتعاقدين، لكن مقتضى الاجماع المدعى فى المقام الاختصاص بما يكون مختصا بالمشترى و لا يكون للبائع، و لذا اشتهر بينهم بأن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، لكن الالتزام بمقتضى الاجماع مع عدم دليل على حجيته مشكل، و الجرأه على الذهاب الى خلاف ما اشتهر بينهم و خلاف الاجماع المدعى اشكل، و الاحتياط طريق النجاه.

(السادسه) ان هذا الحكم يختص بالمبيع أو يجرى فى الثمن، و بعباره أخرى هل يختص بالمشترى أو يعم البائع الذى يمكن أن يكون مدركا للتعميم أمران ذكرهما الشيخ قدس سره:

أحدهما- استنباط الملاك، و هى صيروره العين ملكا مستقرا لمالكه.

...

و يرد عليه: انه لا ظهور للنص فى هذا المعنى، مضافا الى أنه على تقدير التسليم

فانما يكون بالنسبه الى المشترى و لا دليل على الاطلاق.

ثانيهما- استصحاب الضمان الثابت قبل القبض.

و يرد عليه ما أوردناه آنفا، و لا حاجه الى الاعاده، مضافا الى أنه من الشك فى المقتضى الذى لا يرتضيه المصنف.

و أيضا يرد عليه: انه الموضوع للحكم قبل القبض، و مع حصول القبض لا مجال للاستصحاب، مضافا الى أنه معارض بقاعده ان التلف على المالك.

لا يقال: قد خصصت هذه القاعده بالتلف قبل القبض، فاستصحاب حكم المخصص محكم.

فانه يقال: فى هذه الصوره المرجع العموم.

(السابعه) انه على تقدير سريان الحكم بالنسبه الى البائع فلو وقع التعارض بين القاعدتين- أى قاعده التلف قبل القبض و التلف فى زمن الخيار- فما الحيله؟ ربما يقال كما ادعاه الشيخ بأن قاعده التلف فى زمان الخيار لا يشمل قبل القبض. و هذه الدعوى لا دليل عليها لإطلاق النص فلاحظ.

و الحق انه على القول بسريان الحكم و وقوع التعارض لا- ترجيح لأحد الطرفين، بل مقتضى التعارض التساقط و الرجوع الى القاعده الاوليه، و مقتضاها أن ضمان كل ملك على مالكه، و لا يصغى الى ما أفاده السيد فى الحاشيه من ترجيح قاعده التلف قبل القبض، فان ما أفاده فى مقام الاستدلال لا يرجع الى محصل.

(الثامنه) هل يختص هذا الحكم بالمبيع الشخصى أم يعم الكلى أيضا؟

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۵۸

...

الظاهر هو الاول، فان الظاهر من الدليل الاختصاص، مضافا الى أن مقتضى الضمان على من ليس له الخيار انفساخ العقد و دخول التالف فى ملك مالكه الاول، و هذا يتصور فى المبيع الشخصى، و أما فى المبيع الكلى فلا يتوقف الضمان على انفساخ العقد.

نعم يمكن أن يقال: ان المدعى فى المقام ان معنى الضمان انفساخ العقد و صيروره

العين كما كانت، و أما فى المبيع الكلى فلا يتحقق هذا المعنى، اذ معناه جعل الكلى كغير المقبوض، و هذا لا يستفاد من الدليل.

و بعباره ثالثه: ان الضمان بمعنى الانفساخ فلا يتحقق فى المقام، و بالمعنى الاخر لا دليل عليه، لكن العمده ظهور الدليل فى العين الخارجيه و عدم شموله للكلى، و لو لا هذه الجهه لا مانع من القول فى الكلى كالشخصى، فان معنى الضمان واحد فى كلا المقامين و أثره فى الكلى انفساخ العقد و رجوع العين الى ما كانت.

ثم ان هذا الضمان ضمان المعاوضه، أى ينفسخ العقد أو ضمان الغرامه.

أفاد الشيخ قدس سره بأن الضمان ضمان المعاوضه، و استدل عليه بأن ظاهر قاعده ان التلف يحسب على البائع ان التلف من ماله، و أيضا ان ظاهر كلام بعض و صريح جماعه أن الضمان الثابت قبل القبض ثابت الى ما بعد القبض فيما يكون الخيار للمشترى، ان ظاهر الدليل كذلك مع ضم قاعده ان كل مالك ضامن لماله و قاعده الخراج بالضمان، فانه لو فرض انفساخ العقد لم يلزم خلاف لمقتضى القاعدتين.

أما الوجه المستفاد من كلمات الاصحاب فلا يترتب عليه أثر، لان غايته الاجماع و حاله معلوم. و أما الوجه الثانى فأيضا مخدوش، اذ الموضوع فى المقام مال الغير، و لا يفهم من الضمان الا أن خسارته على الغير. نعم لو كان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۵۹

...

ملكا للضامن لكان تالفا فى ملكه، و أما النص فذيل صحيح ابن سنان يدل على المدعى بلا احتياج الى ضم القاعده. نعم بالنسبه الى صدر الصحيحه و بقيه الروايات نحتاج الى ضم القاعده.

و أما قاعده ان الخراج بالضمان، فيرد عليه: أولا ما تقدم من عدم اعتبار

سنده، و أيضا ليس معناه ما أفاده لترتب المحذور بالنسبه الى الغاصب، مضافا الى أنه لا نحتاج الى ضمها. و أيضا يرد عليه: انه يلزم رفع اليد عنها على كل تقدير، اذ مقتضاها عدم الانفساخ، الا أن يقال بأن التلازم باق ما دام بقاء الملك و المفروض زوال الملك قبل التلف. و الحاصل لا نحتاج الى ضمها.

و أورد سيدنا الاستاذ على الشيخ بأن الانفساخ أيضا مخالف للقاعده، فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد بقاؤه و عدم انفساخه.

ان قلت: ان المذكور فى صدر الصحيح لم يذكر الا قوله «على البائع»، و هذا يجتمع مع ضمان الغرامه.

قلت: ان غايته الظهور لو لم يكن مجملا و يرفع اليد عنه بالنص الوارد فى الذيل. ثم ان حكم تلف الجزء حكم تلف الكل، لما ورد فى الصحيح «۱» من قوله «أو يحدث فيه حدث» و يؤيده مرسل ابن رباط «۲».

و أما لو تلف الوصف فلا شبهه فى أنه لا يوجب انفساخ العقد لا بالنسبه الى الكل و لا بالنسبه الى الجزء، لعدم وقوع الثمن فى مقابل الوصف، لكن اطلاق قوله فى ذيل الصحيحه «أو حدث فيه حدث» يشمل فوات الوصف، لكن هل يثبت خيار الرد و الارش او يثبت خصوص الارش، يقع التكلم فيه فيما بعد إن شاء اللّه.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب الخيار، الحديث ۲.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب الخيار، الحديث ۵.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶۰

...

و يشكل الامر فى المقام بأن جريان الحكم فى تلف الوصف، مع ان الضمان بمعنى انفساخ العقد الالتزام بانفساخه بهذا المقدار، و تعيين كون الارش من عين الثمن. و الاول لا يقول به أحد على ما فى

بعض الكلمات، و الثانى و ان كان ظاهر بعض الكلمات لكن المصنف اذا لم يكن قائلا به لا يتم الامر.

ان قلت: الضمان فى تلف الوصف يغاير مع التلف فى الجزء.

قلت: هذا يستلزم استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد، و لا نقول به لأنه خلاف الظاهر.

و فى بعض الكلمات انه يمكن الالتزام بالانفساخ فى أنه قبل التلف.

و يرد عليه: أولا ـ ان الانفساخ فى محل الكلام هو الانفساخ من الحين و لذا لا ـ يكون المشترى ضامنا للمنافع، و ثانيا لا معنى للانفساخ اذ لا يكون فى مقابل وصف الصحه شى ء من الثمن.

ثم ان هذا كله فيما يكون بالتلف السماوى، و منه حكم الشارع بالتلف كما لو صار العبد المشترى اعمى، و أما لو كان باتلاف ذى الخيار فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يسقط خياره.

لكن يرد عليه: أنه لا ـ وجه لسقوط الخيار كما مر منا، فان اسقاط الخيار أمر قصدى، فلا يتحقق مع عدم القصد، خصوصا مع الجهل بالخيار. لكن مع ذلك لا يترتب عليه الحكم المذكور، لان الحكم فى لسان الدليل يترتب على الهلاكه، و هذا العنوان منصرف عن الاتلاف العمدى. و لو كان باتلاف غير ذى الخيار فالامر أيضا كذلك، فان الدليل منصرف، مضافا الى أن هذا الحكم ارفاق بالنسبه الى المشترى و ربما يكون اتلاف البائع مصلحه له. و قس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶۱

...

عليه اتلاف الاجنبى فى عدم ترتب الحكم المذكور الا فيما يكون اتلاف الاجنبى مصداقا للهلاكه و التلف.

ثم انه لو كان باتلاف البائع لا يسقط الخيار كما قلنا، فيجوز الامضاء و الرجوع بقيمه العبد و يجوز الفسخ و الرجوع بالثمن ان كان قبضه من البائع، و ان كان تلف المبيع

باتلاف الاجنبى فلذى الخيار الامضاء و الفسخ، فعلى الاول يرجع بقيمه العبد المبيع الى الاجنبى، و أما على الثانى- أى لو فسخ المشترى- فلا اشكال فى أن البائع يرجع بقيمه العبد. انما الكلام فى أنه هل يرجع الى المتلف أو يرجع الى البائع أو يكون مخيرا؟ وجوه فى المقام، أما الرجوع الى المتلف فلوجهين:

أحدهما- ان البدل قائم مقام العين فى جميع الجهات، و منها كونه ملكا لناقله بعد الفسخ لو كان موجودا بعده، و هذا البدل فى ذمه الاجنبى المتلف للعين فيرجع اليه.

ثانيهما- ان التلف موجب لاعتبار كون العين ملكا لناقلها عند التلف بناء على اعتبار قيمه يوم التلف أو عند الفسخ بناء على اعتبار يوم الفسخ، و على كلا التقديرين تكون العين فى ضمان المتلف فيرجع البائع اليه. و الفرق بين الوجهين أن ما يكون ثابتا فى ذمه المتلف هو البدل من أول الامر، و على الثانى يكون الثابت نفس التالف و الانتقال الى البدل حين الدفع.

و أما الرجوع الى المشترى فلانه اذا دخل الثمن فى ملكه بالفسخ و الحال أن المثمن تلف فى ملكه خرج عن ملكه بدل الثمن و يدخل فى ملك البائع و صار فى ذمته لا ذمه المتلف. و الوجه فيه: ان الضمان بالنسبه الى التالف محله الذمه لا العين الخارجيه، فيتردد الامر بين أن يكون محل التالف ذمه المتلف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶۲

قوله: مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكره (۱).

أو ذمه المشترى، لا سبيل الى الاول، اذ ذمه المتلف تشخصت بالاشتغال للمشترى و لا يمكن مملوكيه شى ء واحد لمالكين.

ان قلت: انما يلزم هذا الاشكال لو اجتمعا فى زمان واحد و فى المقام ليس كذلك،

فانما يتشخص أولا ملكا للمنقول اليه و بعد الفسخ يصير ملكا للناقل فلا محذور، فان التشخص الاول يزول بالتشخص الثانى.

قلت: الامر كما ذكرت، لكن انما يكون الامر كذلك لو كانت بدلا عن العين فى جميع الجهات حتى فى صيرورته ملكا للناقل عند الفسخ كما لو كانت العين موجوده، لكن الامر ليس كذلك بل انما يكون بدلا بمقدار صيرورته ملكا للمالك. و أما الفسخ و ان كان موجبا لكون العين ملكا للناقل لكن بوصف كون بدلها فى ذمه المتلف للمنقول اليه، و لا يمكن اشتغال الذمه بالنسبه الى شى ء واحد لشخصين.

و أما الثالث: فلان يد الفاسخ يد ضمان قبل الفسخ بالعوض المسمى و بالقيمه بعد الفسخ، و اتلاف الاجنبى أيضا سبب للضمان فتكون النتيجه التخيير.

و يظهر من المصنف أن أقوى الوجوه فى نظره هو الوجه الثانى، كما أن الاضعف هو الوجه الثالث على ما صرح به. و لا يبعد أن يكون أقوى الوجوه هو الوجه الثالث، فان يد المشترى يد ضمان و الا يلزم عدم الضمان لو كان التلف بآفه سماويه، و هذا باطل بالضروره، فللبائع أن يرجع اليه، كما أنه لا شبهه أن المتلف ضامن بالاتلاف، فالمقام يكون نظير تعاقب الايدى أو اجتماع اليد و الاتلاف، فان كل واحد من الامرين سبب و موجب للضمان، فأصبح أضعف الوجوه أقواها.

[مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكره]

أقول: انه قال: لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشترى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶۳

...

تسليم الثمن فى زمان الخيار، و لو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الاخر على تسليم ما عنده و له استرداد المدفوع قضيه للخيار. و قال بعض الشافعيه:

ليس له استرداده و له أخذ ما عند

صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع– انتهى.

و يظهر منه أن الخلاف بين المسلمين انما هو بعد اختيار أحدهما التسليم و أما التسليم ابتداء فلا يجب من ذى الخيار اجماعا. و كيف كان فقد أورد الشيخ أن ما ذهب اليه الشافعيه من جواز الاسترداد و أخذ ما عند صاحبه جمع بين المتنافيين، اذ كيف يجمع بين عدم وجوب التسليم و بين جواز الاخذ بلا رضاه، فان الامساك و عدم الدفع ان كان عن حق فلا يجوز الاخذ و ان لم يكن عن حق فلا يجوز الامساك.

و استشكل عليه المصنف: بأنه ان أريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهه أن له الفسخ فلا يتعين عليه التسليم، فمرجعه الى وجوب احد الامرين اما الفسخ و اما التسليم، و الظاهر أنه غير مراد، و ان أريد عدم تسلط المالك على ما انتقل اليه اذا كان للناقل خيار. ففيه نظر من جهه عدم الدليل المخصص لعموم سلطنه الناس على أموالهم.

و أورد عليه المحقق النائينى: ان العقد حيث كان بجميع مداليله المطابقيه و الالتزاميه تحت يد ذى الخيار لا يجب عليه التسليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد، فلا يقال هذا مخالف لقاعده السلطنه، لان من لا خيار له لو انتقل اليه المال على نحو كان لمالكه الاصلى التسلط على عدم التسليم لم يثبت له السلطنه المطلقه.

و فيه: أولا ان ما أفاده لو سلم لتم فى الخيارات الجعليه و أما الخيارات الشرعيه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶۴

قوله: مسأله قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين (۱).

فلا، و ثانيا انه ليس هذا المدعى صحيحا، فان لزوم الدفع من أحكام كون العين ملكا للغير

و لا یکون الخیار مقتضیا لجواز الامساک، فالحق ما أفاده المصنف من عدم الدلیل علی هذا الحکم، فانه لو کان موضوع الخیار هو العین لکان لهذا التوهم مجال لکون العین متعلقه للحق علی هذا الفرض، و أما لو لم یکن الموضوع هو العقد کما هو الصحیح فلا مجال لهذا التوهم، فالحق وجوب الدفع.

[مسأله قال فی القواعد لا یبطل الخیار بتلف العین]

اشاره

و لا یخفی أنه کما یقول الشیخ أن هذا الحکم انما یتصور فیما یکون العقد باقیا بعد التلف، و أما فیما ینفسخ العقد بتلف العین- کما فی التلف قبل القبض أو التلف فی زمن الخیار- فلا موضوع لهذا البحث. اذا عرفت هذه المقدمه فاعلم ان تنقیح المقام یقتضی أن یقع البحث فی ضمن أمور:

(الاول) ان الظاهر أن الشارع لم یأت باصطلاح جدید للخیار فی قبال المعنی العرفی، بل المراد منه هو المعنی الذی عند العرف و العقلاء، أعنی حل العقد.

و أیضا یستفاد هذا المعنی من بعض الروایات، و هو قوله «اذا افترقا وجب البیع» «۱»، فالوجوب فی الروایه اسند الی البیع، فیفهم أن الخیار معناه حل العقد و فسخ البیع ما دام المجلس باقیا، بانقضاء المجلس و حصول الافتراق یلزم البیع و العقد. فعلیه لو ورد هذا اللفظ فی دلیل یتمسک باطلاقه لبقاء الخیار فیما شک فی بقائه بعد تلف العین، و ما یظهر من الشیخ من التردد فیه من حیث احتمال أن موضوع الخیار العین لا مجال له، فانه لیس للشارع فیه اصطلاح خاص.

(الثانی) أنه لو کان الوارد فی لسان الدلیل «یرد العین» أو «یجوز الرد»

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۳ من ابواب الخیار، الحدیث ۶.

قوله: لو فسخ ذو الخیار فالعین فی یده مضمونه (۱).

کما

فى الخيارات الاخرى فلا مجال للخيار بعد تلف العين لانتفاء موضوعه.

لا يقال: انه يحتمل أن يكون المراد منه الرد الملكى لا الخارجى.

فانه يقال: ان هذا الاحتمال خلاف ظاهر الروايه فلا يعتنى به.

(الثالث) اذا شك فى موضوع الخيار انه العقد أو العين فهل يجرى الاستصحاب أم لا؟ ربما يقال: لا وجه للتمسك باستصحاب بقاء الموضوع لكونه الشك فى المقتضى، الا أنك قد عرفت فى الاصول أن هذا الاشكال لا مساس له بما نحن فيه، و لكنه مع ذلك لا مجال لجريان الاستصحاب، لأنه قد بينا فى محله أنه لا يجرى فى الاحكام الكليه.

هذا أولا، و ثانيا انه يشترط فى جريان الاستصحاب احراز موضوعه و هو منتف هنا، و ثالثا انه لا مجال للاستصحاب هنا لوجوب الدليل اللفظى و هو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فلا بد من التمسك به لا بالاصل.

(الرابع) ان الخيار اما شرعى و اما جعلى، و القسم الاول منه بينا حكمه فلا نعيد، و أما القسم الثانى فانه اما مجعول بالصراحه أو بالارتكاز كخيار العيب، و على الاول لا مجال لجريان الاستصحاب بعد التلف لو شك فيه للتعارض، و على الثانى فاما كان ملاك الارتكاز موجودا و لو بعد التلف كما فى خيار الغبن فالخيار موجود، و اما اذا لم يكن كذلك كخيار العيب فلا وجه للخيار.

[لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه]

أقول: ان ما ذكره لا خلاف فيه و هو الحق فى المسأله، و لكنه استشكل على ما ذكره فى مقام الاستدلال بالاصل بأن مع وجود الاماره- و هو عموم على اليد- لا يصل المجال الى الاصل، و على تقدير عدمها فان الاستصحاب المستدل عليه فى المقام اما شخصى و اما كلى، و الاول منتف قطعا لان الضمان

الجعفری، ج ۴، ص: ۴۶۶

...

المعاوضی انتفی بالفسخ و الثانی من قبیل الاستصحاب فی القسم الثالث من الکلی، اذ الضمان المعاوضی الموجود قبل الفسخ ارتفع بالفسخ، و احتمال بقائه فی ضمن فرد آخر من الضمان مشکوک، و قد بینا فی الاصول عدم حجیته.

أفاد المحقق الایروانی: ان الثابت فی العهده فی باب الضمانات نفس العین، و انما یدفع العوض مثلا أو قیمه بدلا عما فی الذمه، فیستصحب ضمانه قبل الفسخ.

و فیه: ان الاستصحاب فی المقام لیس شخصیا بل من الاستصحاب الکلی کما بیناه، فان الضمان قبل الفسخ کان ضمانا معاوضیا و بعده سبب الضمان مشکوک و الاصل عدمه. و لو تنزلنا و قلنا باستصحاب الضمان الا أنه یعارضه استصحاب عدم الضمان الا علی مذهب من یقدم الاستصحاب التعلیقی علی التنجیزی.

اللهم الاـ أن یقال: ان الشک فی الضمان و عدمه مسبب عن الشک فی کون المثل أو القیمه فی ذمه المتلف، و مع الاصل الجاری فیه لا تصل النوبه الی الاصل المسببی.

اذا عرفت ما تلوناه علیک فاعلم أنه لو فسخ العقد لا بد أن یسلم ما بیده الی البائع و لو لم یسلم عصیانا ضمنه عند التلف لعموم علی الید.

لا یقال: ان دلیل الید یشمل ما اذا کان العینی تحت یده، و أما اذا خرج عنه فلا یشمله.

فانه یقال: لیس المراد من الید الید الخارجی بل المراد منه السلطه، و لا مجال للإشکال بأن الروایه ضعیفه السند لان العمده فی باب الضمانات أنها من الاحکام العقلائیه التی أمضاها الشارع. نعم لا یضمنها فی الزمن الذی لا بد منه فی أدائها الی صاحبها، فان فی هذه المده أمانه شرعیه. و ملخص الکلام: ان باب الضمانات یؤخذ من العقلاء، ففی کل

مورد يكون من الشارع تصرف يؤخذ به و لا يحكم بما حكم به العقلاء.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶۷

قوله: القول فى النقد و النسيئه (۱).

قوله: مسأله اطلاق العقد يقتضى النقد (۲).

لا يقال: انه لو كان مجرد كون الشىء فى حيطه أحد موجبا لضمانه فلا بد من الالتزام به فيما اذا وقع ذلك فى حيطته بأمر غير اختيارى، كما اذا ألقى الريح ثوب الغير فى داره أو وقع فيها بفعل الاجنبى.

فانه يقال: ان عدم الضمان فى هذه الموارد من المسلمات، فان الشارع أمر بأدائها الى صاحبها من غير ضمان.

[القول فى النقد و النسيئه]

[مسأله اطلاق العقد يقتضى النقد]

أقول: أفاد المصنف أنه ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم فى أحد العوضين الى أربعه أقسام: بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد، و بيع المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالى بالكالى، و بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هو النسيئه، و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم. و المراد بالحاضر أعم من الكلى و بالمؤجل خصوص الكلى.

و أورد عليه المحقق الايروانى: بأنه لا وجه لتخصيص المؤجل بخصوص الكلى، فان معنى التأجيل اشتراط الاجل و تأخير التسليم الى مده معينه، و هذا كما يتصور فى الكلى يتصور فى العين الشخصيه، فيشترط أن تكون العين الى مده كذا فى يد المشترى أمانه أو عاريه فلا يكون له حق المطالبه ما لم تنقض المده.

أقول: ان ما اورده متين جدا، الا أن يقال: ان اشتراط حق التأخير خلاف للشرع، لكن فيما يكون المبيع أو الثمن كليا يجوز هذا الاشتراط قطعا لما علم من الدين، و أما لو كان فى الشخص الخارجى فلم يثبت الجواز.

أقول: و علله فى التذكره بأن قضيه العقد انتقال كل من العوضين الى الاخر، فيجب الخروج عن العهده

متى طولب صاحبها، فلا يجوز للمشترى تأخير الثمن. ثم قال الشيخ قدس سره: فلو اشترطا تعجيل الثمن كان تأكيدا لمقتضى الاطلاق على المشهور بناء على ما هو الظاهر عرفا من هذا الشرط من اراده عدم المماطله و التأخير عن زمان المطالبه، لا أن يعجل بدفعه من دون مطالبه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶۸

...

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظله: بأنه يظهر من كلام الشيخ أمران:

الاول- انه لا يجب الدفع بمقتضى اطلاق العقد الا عند المطالبه، و هذا من الغرائب، فان نفس العقد يقتضى التعجيل، لأنه بالعقد ينتقل كل من العوضين الى الاخر، و المفروض عدم التأجيل فيجب الدفع فورا طالب أم لم يطالب.

الثانى- قال ان شرط التأجيل مؤكد لإطلاق العقد، و هذا أغرب من سابقه، لأنه على فرض تسليم ما أفاده عند الاطلاق لا نسلمه عند الاشتراط، فان معنى الاشتراط الدفع فورا طالب أم لا. فظهر من ذلك ما فى كلام صاحب الجواهر حيث قال: ان الشرط مؤسس لا مؤكد، و أنت علمت أنه مؤكد بالمعنى الذى ذكرناه لا بالنحو الذى أفاده الشيخ.

أقول: ان الظاهر موافق لما ذهب اليه الشيخ، فان العقد يقتضى التعجيل.

لكن كون الثمن نقدا لا يقتضى وجوب الدفع فورا بل يقتضى عدم حق التأخير للمشترى عند المطالبه. و يظهر هذا المعنى الذى ذكرناه مما رواه عمار بن موسى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجل اشترى من رجل جاريه بثمن مسمى ثم افترقا. فقال: وجب البيع و الثمن اذا لم يكونا اشترطا فهو نقد ... «۱».

ان قلت: المفروض انه مال الغير و لا يحل التصرف فى مال الغير بلا رضاه سواء طالبه أم لا.

و لكنه يرد عليه: بأن المقصود من

المطالبه و عدمها الرضا بالتأخير و عدمه، و لو رضـى بالتأخير فلا يشـمله أدله حرمه التصـرف فى مال الغير. نعم لو شك فى مقام الاثبـات فى رضـائيته بالتأخير و عـدمها يحكم بوجوب دفعه لعـدم جواز التصـرف فى مال الغير. فظهر مما ذكرناه عـدم تماميه ما أفاده الجواهر كما أنه ظهر

---

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ۶ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

...

عدم تماميه كلام الاستاذ.

ثم انه ذكر الشـهيد فى الدروس: ان فائده الشـرط ثبوت الخيار اذا عين زمان النقد فأخل المشترى به، و قوى الشـهيد الثانى ثبوت الخيار مع الاطلاق أيضا يعنى عدم تعيين الزمان اذا أخل به فى أول وقته، و قال الشيخ: و هو حسن.

و أورد عليه السـيد فى حاشـيته: بـأنه لا ـ حسن فيه، اذ مع فرض كون زمـان التعجيـل المشترط ممتـدا بحيث يتصور له أول و آخر فالتأخير من أول وقته لا يكون من تخلف الشـرط حتى يستلزم الخيار، و ما ذكره من أن تعجيل المطلق معناه الدفع - الخ، ففيه مع كونه ممنوعا انه لا يتصور حينئذ أول و آخر حتى يكون التأخير عن أوله موجبا للخيار.

و فيه: انه يترتب الخيـار على التـأخير كما قال الشـهيد فيما اذا تعينت المـده، و أما اذا لم تتعين المـده يجب عليه التسـليم فى أول أزمنه الامكان، و هـذا معنى التعجيل المطلق، و لا نسـلم عـدم تصور المعنى للتخلف، فان معناه التأخير عن أول أزمنه الامكان، و هذا أمر ظاهر.

قـال الشـيخ: و لا حاجه الى تقييـد الخيار هنا بصوره عـدم امكان الاجبار على التعجيل، لان المقصود هنا ثبوت الخيار بعـد فوات التعجيل أمكن اجباره أم لم يمكن وجب أو لم يجب،

فان مسأله ان ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقا أو بعد تعذر اجباره على الوفاء مسأله أخرى، مضافا الى عدم جريانها فى مثل هذا الشرط، اذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الاجبار و بعده لا ينفع لأنه غير الزمان المشروط فيه الاداء.

و ما أفاده غريب، فان كل شرط يكون كذلك، و من هذا القبيل اشتراط الخياطه فان قبل زمانه لا يجوز الاجبار و بعده لا ينفع، مع انه يجوز الاجبار قبل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۰

قوله: مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه غير محتمله مفهوما و لا مصداقا (۱).

زمانه باتيان مقدماته لو كان له مقدمات، فاذا ضيق الوقت يجبره على العمل على نحو الواجب الموسع اذا ضيقت وقته.

[مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه غير محتمله مفهوما و لا مصداقا]

أقول: ملخص الكلام فى المقام لو لم يعين مده تأجيل الثمن بحيث احتمل الزياده و النقصان الغير المسامح فيهما- كأن يقول «الى مجى ء الحاج» و يكون قدوم الحاج غير معلوم مصداقا- يبطل البيع.

أفاد السيد اليزدى: ان المدار فيه على ما يعد تعيينا عرفا، فيجوز الاكتفاء بذكر الشهر الهلالى، و ان لم يعلم أنه تام أو ناقص، مع أنه لو قال الى تسعه و عشرين أو ثلاثين يكون باطلا.

و كيف كان ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه البطلان أمور:

(الاول) الاجماع. و فيه ما عرفت من الفساد و لا وجه للإعاده.

(الثانى) لزوم الغرر. و فيه أولا- ان الغرر كما عرفت فى محله بمعنى الحظر و الجهل لا يلزم منه الحظر دائما بل قد يلزم و قد لا يلزم فالدليل اخص من المدعى، و ثانيا ان الروايه الداله على بطلان الغرر ضعيفه.

(الثالث) انه يشترط ذكر الاجل المضبوط فى السلم دون ما يحتمل الزياده و

النقصان، كما يستفاد ذلك من عده روايات «۱»، و كذلك فى المقام لاتحاد الملاك فى البابين.

و فيه: انه قياس مع الفارق، و لا طريق لنا الى كشف الملاك القطعى و الظنى منه لا يغنى من الحق شيئا، و لكنه مع ذلك كله فانه من المسلمات التى لا يمكن التخطى عنه، فان سيدنا الاستاذ دام ظله لم يستشكل فى المقام مع أن الاشكالات التى أوردناها وارده على مبانى الاستاذ أيضا.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۳ من أبواب السلف.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۱

...

و التحقيق أن يقال: ان الشرط فى مسأله التأجيل قد يكون تأخير أداء الثمن و أخرى تأخير مطالبته، و القسم الثانى ليس داخلا فى باب النسيئه، و القسم الاول منه باطل على مقتضى القاعده حيث انه خلاف الكتاب و السنه، الا أنه علم من الشرع الجواز اذا كانت الى مده معينه و بقى الباقى فى كونه مخالفا لهما.

ان قلت: لو كان الشرط المذكور خلاف الكتاب و السنه فلا بد أن يكون باطلا حتى فيما اذا كانت المده معينه.

قلت: ان الامر و ان كان كذلك الا أن الشرع أجاز فى تلك المده و نحن تابعون له.

ثم انه هل يجوز الافراط فى التأخير أم لا؟ أفاد المصنف اذا وصل الى حد يكون البيع منه سفها و الشراء أكلا للمال بالباطل بطل البيع.

و فيه: أولا انه لا دليل على بطلا البيع السفهى، و ثانيا ان الباء فى كلمه «بِالْبَاطِلِ» ليس للمقابله بل هى سببيه، فالسبب هنا ليس باطلا كما هو واضح.

ثم انه نقل عن الاسكافى المنع من التأخير الى ثلاث سنين استشهادا بما رواه احمد بن محمد قال: قلت لأبى الحسن عليه السلام: انى أريد الخروج

الى بعض الجبال. فقال: ما للناس بـد من أن يضـطربوا، سـنتهم هذه. فقلت له جعلت فداک انا اذا بعناهم بنسـيئه كان اكثر للربح. قال: فبعهم بتأخير سنه.

قلت: بتأخير سنتين. قال: نعم. قلت: بتأخير ثلاث. قال: لا «۱».

و أيضا ما رواه عبـد اللّه بن جعفر فى قرب الاسـناد عن ابى الحسن الرضا عليه السـلام فقلت: انهم قوم ملاء و نحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنه. قال:

بعهم. قلت: سنتين. قال: بعهم. قلت: ثلاث سنين. قال: لا يكون لک شى ء اكثر من ثلاث سنين «۲».

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۶ من ابواب أحكام العقود، الحديث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۶ من ابواب أحكام العقود، الحديث ۳.

...

لكن الروايه الاولى ضعيفه بسهل بن زياد، و الروايه الثانيه أجنبيه عن المدعى.

أفـاد المصـنف قـدس سره: ان ظـاهر الخبرين الارشـاد و وافقه سيدنا الاسـتاذ دام ظله بأنه كان فى مقام المشاوره مع الامام عليه السلام.

و فيه: ان الحمـل على المشـاوره و الارشـاد خلاف الظـاهر، الا أن الروايه المنقوله عن قرب الاسـناد لا يوافق الاسـكافى فانه منع التأخير الى ثلاث سنين و الروايه تنفى اكثر من ثلاث سنين.

اذا عرفت ذلـک فـاعلم انـا اذا عملنـا بظـاهر روايه الحميرى فلاـ يجوز الاـفراط فى التـأخير بلا كلام فيه، فلا تصل النوبه الى هـذا البحث، و أما اذا لم نعمل به أو حملناه على الارشاد فتصل النوبه الى البحث بأنه هل يضر الافراط أم لا؟

ربما يقال بعدم جواز الافراط فى التأجيل لعدم ترتب غرض صـحيح عليه، و حلول الاجل شرعا بموت المشترى، فكان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشترى لغوا بل مخالفا للمشروع، و ان أراد ما قبل الموت

فالاشتراط الى ما يحتمل بقاء المشترى غرر لكونه مجهولا.

و يرد عليه أولا: يمكن أن يفرض عدم الغرر فى بعض الصور، و ثانيا ان الغرر لا يكون مبطلا، و ثالثا ان المفروض أن المده معلومه عندهم غايه الامر ان الشارع حكم بالحلول.

ثم ان المعتبر فى تعيين المده تعيينها الواقعى أو لا بد من معرفه المتعاقدين بها حين العقد. و ربما يقال بكفايه الاول كأوزان البلدان مع عدم معرفه المصداق، حيث أنه له شراء وزنه مثلا بعيار بلد مخصوص و ان لم يعرف مقدارها.

و لكن الظاهر عدم كفايته للزوم كفايه كل مجهول لكونه معلوما فى الواقع، و الغرض من التعيين رفع الجهاله و الغرر، و التعيين الواقعى لا يرفعهما، و أما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۳

قوله: مسأله لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا (۱).

المقيس عليه فهو أيضا أول الكلام.

[مسأله لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا]

اشاره

أقول: بأن يجعل الاقل ثمنا على تقدير كونه حالا و الازيد ثمنا على تقدير كونه مؤجلا- كأن يقول ان كان الثمن نقدا فبعتك بدينار و ان كان مؤجلا فبعتك بخمسه دنانير- فالمسأله محل كلام بين الاعلام، و لا يهمنا التعرض لأقوال العلماء فنقول: مقتضى التحقيق أن يقع البحث فى مقامين: الاول مقتضى القاعده، الثانى مقتضى النصوص.

أما الاول- فنقول: تاره يفسر المؤجل ببيع العين بالثمن المؤدى بعد شهر مثلا و النقد ببيع العين بالثمن المؤدى فى الحال.

و فيه: ان هذا خلاف ما يفهم من كلمات القوم، فان الظاهر من كلماتهم أن الثمن فى المؤجل حالى لكن يكون للمشترى حق التأخير فى الاداء، مضافا الى أن الاثمان لا تقيد بالازمان، و على أى حال اما يجعل الترديد فى الثمن، و هو غير معقول لان المردد لا واقع

له، و اما ان يكون الترديد فى الايجاب فقط و يقبل المشترى فى مقابل الثمن الذى اختاره، و هذا باطل من ناحيه الجهل، و اما يكون من باب التعليق كأن يقول «ان كان الثمن نقدا فبعتك بكذا و ان كان مؤجلا فبكذا»، و هذا باطل من جهه التعليق، و اما أن يكون الثمن هو الاقل و يكون الزياده من باب الشرط بأن يشترط على المشترى بأنه لو أخر الاداء يدفع الزائد، و هذا أيضا مشكل من جهه لزوم الربا، لكن لو قلنا بصحه البيع و عدم كون الشرط الفاسد مفسدا يلتزم بالصحه و فساد الشرط فليس للمشترى حق التأخير لأنه وقع فى مقابل أمر فاسد، فقال الشهيد فى الدروس: ان الاقرب الصحه و يلزم من طرف البائع الاقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشترى، و ما أفاده مشكل لأنه يجب اداء مال الغير عند المطالبه و لا موجب للتأخير.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۴

...

و أفاد المصنف قدس سره: ان فساد الشرط لا يقتضى فساد الاسقاط، فان الزياده فى مقابل اسقاط البائع حقه من المطالبه، و قاس المقام بما لو صولح حق القصاص بعبد يعلم أنه عبد للغير أوانه حر، بل قال فى التحرير الرجوع الى الديه.

و يرد عليه: انا لا نتصور معنى صحيحا لإسقاط حق المطالبه، فان لكل مالك أن يطالب ملكه، و هذا غير قابل للإسقاط، مضافا الى أنه ان كان فى مقابل السقوط فهو باطل لبطلان عوضه و ان كان فى مقابل الاسقاط فلم يتحقق الاسقاط، و المشترى لا يستحق الاسقاط، و مسأله المصالحه فهى أيضا مشكله، فانه كيف يمكن أن يحصل اسقاط حق القصاص و الحال أنه قوبل بلا شى ء.

نعم لو كانت المقابله بين غير الاسقاط و ذلك الشى ء و قلنا ان نفس المقابله تقتضى الاسقاط نلتزم بالسقوط مع كون المعامله فاسده، لكن المقام ليس كذلك، نظير من له الخيار لو باع ما انتقل اليه بالبيع الفاسد. أما الثانى فوردت فى المقام جمله من الروايات، و هى بين ضعيفه السند كالروايه الثانيه التى وقع النوفلى فى سندها و الروايه الخامسه التى وقع شعيب بن واقد فى سندها، فلا يعبأ بهما، و بين معتبره السند و هى الثلاثه الباقيه، و هذه الثلاثه متعارضه، فان خبر محمد ابن قيس يدل على صحه البيع مع هذا الترديد فى الانشاء و يكون للبائع أقل الثمنين و لو مع التأخير الى أبعد الاجلين، و الروايه الثالثه و الرابعه تدلان على أن النّبىّ «ص» نهى عن شرطين فى بيع و بيعين فى بيع، فلو قلنا بأن معنى الروايتين مجمل لا يعلم المراد منهما، فلا مجال للتوقف فى العمل بخبر محمد بن قيس و لو قلنا بأن المعنى ظاهر فربما يقال كما فى كلام الشيخ جريان النهى تكليفى لا يدل على الفساد. لكن هذا التوهم فاسد، اذ الظاهر من النهى فى أمثال المقام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۵

قوله: لا يجب على المشترى دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل و ان طولب اجماعا (۱).

الارشاد الى الفساد، فلو قلنا بأنه يرفع اليد عن الظهور فيهما بالنص الوارد فى روايه محمد بن قيس يتم الامر.

لكن هذا الحمل غير صحيح، اذ حمل النهى الوضعى على الكراهه لا معنى له، فان الكراهه فى التكليف فيقع التعارض بين الروايه الاولى و هاتين الروايتين، و حيث ان الروايه الاولى موافقه لعموم الكتاب كقوله «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ» و

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نأخذ بتلك الروايه و نرفع اليد عن الروايتين و نخصص القواعد الاوليه و نقيدها بهذه الروايه كما هى القاعده المعموله.

ثم انه لا بد من الاقتصار على مورد الروايه، و لا وجه لتسريه الجواز الى غير موردها، فلو باع بثمن أقل بأجل أقل و بثمن اكثر بأجل أكثر يكون البيع باطلا عملا بالقواعد الاوليه و عدم مخصص.

و نقل عن العلامه فى المختلف أنه مثل أن يقول المستأجر للخياط «ان خطته فارسيا فبدرهم و ان خطته روميا فبدرهمين»، و أجاب بأنه على فرض تسليم الصحه يرجع الى الجعاله و لا يكون من الاجاره، فالفارق موجود.

[لا يجب على المشترى دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و إن طولب إجماعا]

أقول: انه فائده التأجيل و الا يلزم الخلف، فلو تبرع المشترى بالدفع هل يجب على البائع القبول، ادعى عدم الخلاف. و عن الرياض دعوى الاجماع على عدم وجوب القبول، و عن جامع المقاصد نسبه الخلاف الى بعض العامه، و عن العلامه فى التذكره بأنه علل الحكم بأن التبرع بالتعجيل كالزياده فلا يكلف البائع بتقليد المنه، و أفاد الشيخ بأنه فيه تأمل. و يمكن أن يكون وجه التأمل أن الزياده ليست ملكا للبائع فيحتاج الى قبول البائع و لا مقتضى لوجوب القبول، و أما فى المقام فالثمن ملك للبائع فالقياس مع الفارق.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۶

...

و يمكن أن يكون الوجه فيه: ان التأجيل كما أنه حق للمشترى كذلك يكون حقا للبائع، فان المشترى التزم بحفظ المال للبائع فى ذمته كالودعى. فان ذلك حق عرفا للبائع. و ما أفاده متين، فانه أمر قابل ثبوتا، غايه الامر لا بد من أن يفهم فى مقام الاثبات أنه جعل هذا الحق للطرفين و الا فلا مقتضى لعدم القبول و لذا أفاد سيدنا الاستاذ

فی منهاجه بأنه یجب القبول الا ـ فیما علم بأنه شرط للطرفین و هنا هو عمده الوجه و الا یشکل الاستدلال بالوجهین الاخرین المتقدمین. أما ما أفاده العلامه فلما ذکرناه فی وجه التأمل، و أما الاجماع فلاحتمال استناد المجمعین الی ما ذکر من الوجه.

و ربما یقال: بأن الدین ما یکون مؤجلا، و المؤجل لا ینطبق علی ما دفع حالا.

و فیه: ان کل دین حال و التأجیل عباره عن حق التأخیر، مضافا الی أن الجوهر کما قلنا لا یتقید بالزمان.

ثم أنه لو أسقط المشتری حقه فهل یسقط أم لا؟ ربما یقال بأنه لا یسقط، و قیل فی وجهه وجوه:

(منها) ما عن جامع المقاصد بأنه حق ثبت فی عقد لازم فکیف یسقط.

و یرد علیه: أولا انه کیف یسقط بالتقایل، و ثانیا ان ما ثبت بالعقد حق للمشتری و لیس مقتضی الثبوت البقاء حتی مع الاسقاط، فان أثر الحق سقوطه عند الاسقاط.

نعم لو کان هذا حکما شرعیا لم یکن قابلا للإسقاط، و لکن الامر لیس کذلک.

(و منها) ما عن جامع المقاصد أیضا بأن الحق ثابت أیضا للبائع فکیف یسقط باسقاط المشتری.

و یرد علیه: ان ثبوت حق للبائع لا یقتضی عدم سقوط حق المشتری باسقاطه

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۷۷

...

فان حق المشتری یسقط و حق البائع یبقی، الا أن یقال بأن الحق واحد قائم بکلیهما، و الظاهر ان هذا فاسد، و لذا یمکن التکلیف بأن یکون الحق ثابتا للمشتری فقط کما تقدم. مضافا الی ان حق المشتری عباره عن حق التأخیر علی البائع و من طرف البائع یکون له حق التأخیر علی المشتری فکیف یکون واحدا.

نعم کما أفاد فی جامع المقاصد لو نذر التأجیل لا یسقط بالاسقاط و لا

بالتقايـل اذ التقايـل فى العقود لا ـ فى النـذور. و ان شـئت قلت: ان الثابت فى النـذر حكم شـرعى ثابت من قبل الشارع، و الحكم الشرعى لا يسقط بالاسقاط، و لذا يقال يجب عليه التأخير، و فى مورد الحق يقال يجوز له التأخير.

(و منها) ما عن العلامه فى التذكره بأن الاجل صفه تابعه كالجوده بالنسبه الى الحنطه.

و يرد عليه: انه فرق بين التوصـيف و الشرط، فان الاول غير قابل للإسقاط و أما الشرط فهو قابل له كما هو ظاهر، و لذا لو باع منا من الحنطه على نحو الاطلاق و يشترط أن يدفعها من الجيد يجوز اسقاط الشرط. و ملخص الكلام:

انه تاره يكون القيد قيدا لنفس المبيع و أخرى لا يكون كذلك، و المقام من الثانى.

(و منها) ما أفاده الشيخ من أن مرجع التأجيل الى اسقاط حق المطالبه و الساقط لا يعود، نظير اشتراط التبرى من العيوب فى البيع.

و يرد عليه: أولا ان حق المطالبه ليس حقا بل حكم شـرعى غير قابل للإسـقاط و ثانيا انه يلزم أن لا يسقط بالاقاله أيضا، و ثالثا ما أفاده فاسد من أصله فان اشتراط التأجيل احداث حق لا اسقاط للحق. و مما ذكرناه ظهر أنه لا وجه للاستناد الى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۸

قوله: اذا كان الثمن بل كل دين حالا او حل وجب على مالكه قبوله عند دفعه اليه (۱).

أن الدين موصوف بالتأجيل و المؤجل لا ينطبق على الحال، فانه قد مر بأنه لا معنى له.

[إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكه قبوله عند دفعه إليه]

أقول: انه ذكر فى وجهه وجوه:

(الاول) ان امتناع المالك عن الاخذ ظلم على الدائن، اذ لا حق له فى ذمته فلا يجوز له اشتغال ذمته بلا حق.

ان قلت: كيف يكون ظلما

و الحال أنه يمكنه الدفع الى الحاكم.

قلت: انما يـدفع الى الحاكم كى يرتفع هـذا الظلم فكيف يمكن الـدفع اليه رافعا للظلم. و ليعلم أولا انه انما يجرى هـذا الكلام لو قلنـا بـأنه يشترط فى براءه الـذمه التخليه بين المـال و مـالكه، و امـا لو قلنـا بأنه يحصل القبض بالتخليه أو قلنا بأنه و ان لم يحصـل القبض بهـا لكن يكفى فى الاـداء الواجب التخليه لاـ تصـل النوبه الى الابحـاث الآـتيه. و الحق أنه يحصـل بهـا، فان اختيار تعيين الكلى فى الفرد بيـد المـديون، و بالتخليه يصـدق انه أدى ما فى الذمه كما يصدق الاداء بالتخليه فى العين الخارجيه، و أما لو قلنا بأنه لا يحصل الا بالقبض فيقع الكلام فى الفروع التاليه:

الاـول: انه يجب القبول و يجب القبض أم لا؟ مقتضـى أصاله البراءه عـدم الوجوب، و كون عـدم القبول ظلما لا نفهم معناه. نعم يمكن أن يكون عـدم القبول ايذاء للدائن، و حرمه الايذاء بهذا المعنى أول الكلام، فانه يتأذى من بقاء الدين فى ذمته و لا يرتبط بالدائن. مضافا الى أنه يمكن أن يكون القبض أذيه للمالك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۹

...

و أما ما أفاده من انه اضـرار، فيرد عليه بأنه كيف يكون ضـررا عليه الامن باب أن عـدم السـلطنه على النفس بنفسه ضـرر، و هـذا معارض بكون عدم السـلطنه للمالك على نفسه ضررا عليه، فيقع التعارض بين الضررين. مضافا الى أن دليل نفى الضرر ليس فى شـأنه اثبـات شـى ء، فـان غـايته أن ينفى وجوب الامسـاك و أمـا وجوب القبض بالنسـبه الى المالك فبأى وجه نلتزم به، و قياس المقام بمقام أمر النّبىّ بقلع الشجره مع الفارق، اذ دخول سمره كان اضرارا بالانصارى

و مع الاضـرار لا يكون له حق فی الـدخول لحـديث نفی الضـرر، و أما قلع الشـجره فمن باب الولايه. و اما فی المقام فعدم جواز الامساک عن القبول أول الكلام، أضف الی ذلک أن حديث نفی الضرر لا يدل الا علی الحرمه التكليفيه كما بيناه فی البحث.

و اما الاسـتناد للوجوب بقوله تعالی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بتقريب الوفاء بالعقد واجب و من شئون الوفاء قبول الدين. فيرد عليه: ان مفاد الايه ليس الا الوضع أی عدم الانفساخ بالفسخ، مضافا الی أن القبول من شئون الوفاء أول الكلام.

و ربمـا يتمسـک بالإجمـاع فی المقـام لوجوب القبول. و يرد عليه: انه كيف يمكن تحقق اجمـاع تعبـدی مع وجود مـا يمكن أن يتمسک به من الوجوه المذكوره الا أن يقال بأن الامر متسالم عليه بينهم.

و الحق أن يقال: انه لا يبعـد أن يكون الوجه فی الوجوب الشـرط الارتكازی فانه يفهم من العرف هـذا المعنی، فان من يتصـدی للمعامله يلتزم بلوازمه فيجری العقد علی هذا المنوال و علی تقدير الالتزام باللوازم.

ثم لو قلنا بأنه يجب عليه القبول فان قبل فهو و ان لم يقبل و صبر المديون فكذلک، و ان لم يرض بالبقاء فالذی يختلج بالبال أن الحاكم يجبره بالقبض

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۸۰

...

بـل يجوز لكـل مكلف اجبـاره حتی للمـديون، اذ المفروض أن القبض واجب و الامر بـالمعروف واجب علی كـل مكلف و لا يختص بالحاكم.

و مع فرض امكـان الاجبـار علی القبض لاـ تصل النوبه الی قبض الحاكم، بتقريب ان السـلطان ولی الممتنع، فان ولايه الحاكم لم تثبت عندنا، مضافا الی أنه مع فرض امكان الاجبار و حصول القبض لا يصدق الامتناع، و لو لم يكن الاجبار تصل النوبه الی

قبض الحاكم، و مع عدمه تصل النوبه الى عدول المؤمنين ثم الى فساقهم و الا يبقى فى ذمه المديون كبقيه ديونه.

و نسب الى جمله من الاعلام تعين العزل و كون الضمان على الدائن مع امكان الدفع الى الحاكم، و يمكن أن يكون الوجه فيه أن البقاء فى ذمته ضرر و مقتضى نفى الضرر تعينه بتعيين المديون.

و يرد عليه: انه مع امكان الاجبار يلزم الاجبار و مع عدم امكانه يكون قبض الحاكم بدلا عن قبضه، مضافا الى أن حديث لا ضرر لا يقتضى صحه شى ء، مثلا لو كان الصبر ضررا على المرأه لا يقتضى نفى الضرر صحه الطلاق و جعل الامر بيد المرأه.

و مما ذكر علم ضعف القول الاخر، و هو تعين الدفع الى الحاكم، فانه ما دام ممكنا أن يحصل القبض من المالك لا تصل النوبه الى الحاكم. و أيضا علم بما ذكرنا أن ما أفاده المصنف من تعين الاجبار أولا ثم الدفع الى الحاكم ثم العزل غير سديد، فان مع عدم امكان الدفع الى الحاكم تصل النوبه الى غيره و مع عدم امكانه لا وجه للعزل، فان تعين الدين بالعزل لا دليل عليه. و أيضا علم أن التخيير بلا وجه، كما أنه علم ضعف تعين الاجبار ثم التخيير بين العزل و الدفع الى الحاكم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۱

قوله: مسأله لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره عدم جواز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بأزيد منه (۱).

ثم انه لو قلنا بجواز العزل و تعين الدين فيه، فلا معنى لان يقال: بأنه باق فى ملك المديون، و لكن يكون متعلقا لحق الدائن، فانه جمع بين المتنافيين.

ثم انه لو قلنا بجواز

العزل و تعین الکلی فی المعزول، فهل یسری هذا الحکم الی ما یأخذه الظالم من المال المشترک بقصد أخذ حصه الشریک فقط و فیما لو طلب من الشریک دفع حصه شریکه بالخصوص، بتقریب أن الاختصاص مقتضی قاعده نفی الضرر عن المالک و توجه الضرر الی خصوص من قصد أخذ حصته أولا سبیل الی اسرائه الی ذلک المقام؟ الظاهر هو الثانی، أما الفرع الاول فواضح فان توجیه الضرر علی أحد الشریکین مع کون المال مشاعا بلا وجه و الا یلزم أنه لو کان له مال فی ذمه شخص الغاصب طلب دفع ذلک المال فهل یمکن الالتزام ببراءه الغرر کلا، و أما الفرع الثانی فغایه ما فی الباب أن یقال: ان المالک یتضرر فیکون له ولایه التقسیم و تعیین حصه الشریک فی المغصوب. و یرد بأن الضرر متوجه الی الشریک الاخر و قاعده نفی الضرر متساویه بالنسبه الی کلیهما.

[مسأله لا خلاف علی الظاهر من الحدائق المصرح به فی غیره عدم جواز تأجیل الثمن الحال بل مطلق الدین بأزید منه]

أقول: اذ یکون مصداقا للربا، فان العرف لا یفرق بین جعل الزیاده للمده من أول أزمنه الدین و بین جعله بعد تحقق الدین، بل الامر مستقر علی الثانی و نقول: بأن الظاهر من بعض التفاسیر أن صدق الربا علی ذلک بلا شبهه بل بمقتضی روایه عن ابن عباس فی تفسیر مجمع البیان ان مورد نزول الایه آیه الربا هذا، فانهم کانوا یقولون بأنه لا بأس بأخذ شی ء فی مقابل التأجیل بعد تحقق الدین بدعوی أنه مثل البیع، فنزل قوله تعالی «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا».

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۸۲

قوله: مسأله اذا ابتاع عینا شخصیه بثمن مؤجل جاز بیعه من بایعه و غیره قبل حلول الاجل و بعده بجنس الثمن و غیره مساویا له أو زائدا

عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا الا اذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه فى البيع الاول قبوله منه بمعامله ثانيه (۱).

بل يدل على المطلوب ما رواه «۱» الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام، فان المستفاد من الروايه أن جعل الزياده فى مقابل التأجيل بقاء داخل فى الربا و لا يجوز، و يدل على المقصود.

و أيضا يدل على المطلوب ما ورد «۲» من الروايات الداله على الحيل الشرعيه لأخذ شى ء لغايه التأجيل، فانه لو كان جائزا لم يكن محتاجا الى الحيله، بل مقتضى الجواز جعله بنفسه و بلا تشبث بحيله شرعيه. و يدل عليه ما ورد «۳» فى باب الدين مما يدل على جواز أخذ شى ء لتمديد المده فى الدين ما لم يكن بصوره الشرط.

اعلم أنه ظهر مما تقدم أن جعل الزياده فى مقابل الاجل حرام و لو بنحو الصلح، و أيضا علم اذا اشترط التأجيل فى ضمن عقد لازم لا يكون حراما، و أيضا ظهر مما مر أنه يجوز تعجيل المؤجل بالنقد عكس ما يكون موردا للكلام، أضف الى ذلك أن المستفاد من القاعده أيضا الجواز.

[مسأله إذا ابتاع عينا شخصيه بثمن مؤجل جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده]

أقول: ان الحكم فى مورد الاستثناء مورد اتفاق الا من بعض كالشيخ فى بعض فروع المسأله، و ما ذهب اليه المشهور موافق للقواعد الاوليه، فانه

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۲ الباب ۷ من ابواب أحكام الصلح، الحديث ۱.

(۲) الوسائل الجزء ۱۲ الباب ۹ من أبواب أحكام العقود.

(۳) الوسائل، الباب ۱۹ من ابواب الدين و القرض.

...

لا مقتضى للبطلان. و يدل على الحكم الاطلاق الوارد فى روايه بشار بن يسار و غيرها.

و نقل عن الشيخ قدس سره المنع عن البيع بعد حلول الاجل بجنس الثمن الا

اذا كان مساويا لا زائدا و لا ناقصا، و ما يمكن أن يستدل به لهذا القول روايتان:

الاولى: ما رواه خالـد بن الحجاج، و هذه الروايه لا دلاله فيها على مذهب الشـيخ و الشـيخ حملها على ما رام، مضافا الى أن قوله عليه السلام فى ذيل الروايه «فانه لا خير فيه» ظاهر فى الارشاد.

الثانيه: ما رواه عبد الصـمد، و هذه الروايه نقلت بسـندين: أحدهما بسـند الصدوق الى عبد الصـمد بن بشير و هو ضعيف، ثانيهما بسـند الشـيخ عن الحسـين ابن سـعيد و فيه قاسم بن محمـد و لا يبعـد أن يكون المراد منه هو الجوهرى و هو مشترك، و قال ابن داود ان الـذى ينقل عنه حسـين بن سـعيد ثقه، و صاحب الوسائل يقول ان تأخذ التوثيق ضـعيف و توثيق ابن داود لا يترتب عليه الاثر فانه حسن على بن داود تلميذ العلامه.

و حكى عن بعض أن هـذه الروايه لاـ تـدل على مـذهب الشـيخ بوجه، و لا يبعـد أن يكون كـذلك، فان المتفاهم من الروايه أن الطعام ترقى و البائع يريـد أن يأخـذ الطعام بقيمه يوم الاشتراء و الاخر يريد أن يعطيه بسـعر يوم الدفع و الامام عليه السـلام يقول: خذ بسعر يومه و الا فاصبر حتى يبيع، و حيث ان الروايه ضعيفه لإرسالها.

ثم ان الشـيخ الطوسـى أفاد على ما نقل عنه بأنه لو باع طعاما بعشـره مؤجله فلما حل الاجل أخـذ بها طعاما جاز اذا أخذها أعطاه، فان أخذ اكثر لم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۴

...

يجز، و الظاهر أنه قـدس سـره اسـتند ما أفتاه بقاعـده كليه مسـتفاده من بعض الروايات بأن عوض الشـى ء الربوى لا يجوز تبديله بذلك الشى ء بزياده، و ان عوض العوض

بمنزله العوض فاشترى طعاما بدراهم لا يجوز بيع الطعام بخمسه دراهم، كما أنه لو باع الطعام بدراهم لا يجوز أن يأخذ بتلك الدراهم طعاما أزيد و إلا يلزم الربا، و الاصل فيه ما رواه على بن جعفر عن أخيه، فانه يستفاد من هذه الروايه أنه لو اشترى طعاما بدراهم لا يجوز بيع ذلك الطعام بالدراهم، فان الطعام يصير فى حكم الدراهم فيلزم تبديل الدرهم بالدرهم.

و يرد عليه: أولا ان مقتضى هذه الروايه عدم الجواز مطلقا حتى مع التساوى و ثانيا يعارضه ما رواه على بن جعفر عن أخيه أيضا، و الترجيح مع روايه الجواز لكونه موافقا للكتاب، و على تقدير التساقط المرجع أدله صحه البيع.

(و أما الفرع الثانى) و هو عدم الجواز فى المستثنى فقد استدل بروايتين:

الاولى: ما رواه حسين بن منذر، و هذه الروايه ساقطه سندا بحسين بن منذر حيث أنه لم يوثق.

الثانيه: ما رواه على بن جعفر، و هذه الروايه معتبره حيث أنها نقلت عن كتابه، و أما من حيث الدلاله فالظاهر منها فساد البيع مع الشرط، فالحق فساد العقد مع الشرط و مقتضى اطلاق الروايه عدم الفرق بين أن يكون الشرط من طرف البائع و بين أن يكون من طرف المشترى، و قد أفتى سيدنا الاستاذ فى منهاجه على هذا النحو.

و فى المقام شبهه، و هى أن هذا الشرط يستلزم الدور، و تقريبه: ان تحقق البيع يتوقف على الشرط و الحال أن الشرط لا يتحقق الا مع البيع. و ان شئت

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۵

قوله: القول فى القبض (۱).

قلت: يتوقف البيع الاول على البيع الثانى لتوقف المشروط على شرطه، و الحال أن البيع الثانى لا يتحقق الا مع تحقق البيع

الاول.

و الجواب: ان الشـرط عباره عن الالتزام بالبيع الثانى فلا دور و الا يلزم سد باب الشـرط، و هو كما ترى. و انتقض بما شـرط عليه بيعه من غير البائع، ورد بأنه لا بد من فرض الصـحه فى حد نفسه مع قطع النظر عن الشروط، و فى مورد النقض يجوز ذلك بنحو التوكيل أو الفضولى، و أما بالنسبه الى نفس المالك فلا يتصور البيع و لذا انتفض بالرهن لثمن المبيع و بالوقف على البائع.

و أيضـا أورد على هـذا الشـرط بأنه يسـتلزم عـدم القصـد. و يرد عليه: أولا يلزم الفساد فيما لو كان من قصـدهما هـذا المعنى بلا اشتراط فـانه جـائز قطعـا، و ثانيـا انه لا منافاه بين القصـد و الشـرط فلاحظ، فالعمـده النص لا الوجهان الآخران من الـدور و عـدم القصد.

[القول فى القبض]

اشاره

أقول: اعلم أنه يقع الكلام فى القبض تاره فى معناه و أخرى فى أحكامه

[فى معنى القبض]

فيقع البحث فى موردين:

(الأول) فى حقيقته، الظـاهر أن القبض بمعنى الاخـذ، و هو المعنى الـذى يسـاوق لفـظ «گرفتن» فى الفارسـيه، و يختلف صـدقه بحسب مصاديقه: فتاره يصـدق بالاخـذ بالكف، و أخرى بنقله، و ثالثه بأخذ ما يتعلق به كالأخذ بلجام الفرس مثلا أو أخذ مفتاح الدار. و ملخص الكلام ان القبض معنى عرفى واضح لديهم.

نعم يمكن التشـكيك فى بعض مصـاديقه، لكن لاـ يخفى أنه ربمـا يترتب بعض الاحكـام على أمر و ان لم يصـدق عليه القبض، كرفع الضمان المترتب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۶

...

على التخليه، فان الغاصب لو خلى بين المال و صاحبه يسـقط ضمانه و ان لم يصدق عليه القبض، اذ المعتبر فى جمله من الموارد عنوان الاداء و الايصال الى من بيده الامر كالمالك، و من الظاهر أنه يحصل هذا المعنى و ان لم يكن قبضا.

ثم ان المصـنف قـدس سره أفـاد بـأن الاقباض فعل البائع و القبض فعل المشترى، فكل حكم يترتب على فعل البائع يحكم ترتبه على فعله، و كلمـا يترتب على فعـل المشترى لاـ يحكم ترتبه الاـ بعـد حصول ما يكون فعلا للمشترى، و اسـتنتج من كلامه أن ما يستفاد من النبوى «۱» كل مبيع تلف قبل قبضه من مال بايعه ان الضـمان لا يرتفع الا بعد ما كان من فعل المشترى، و اسـتفاد من

«۲» روايه عقبه بن خالد- و هذه الروايه ضعيفه بمحمد بن عبد اللّه بن هلال- ان الحكم يترتب على فعل البائع.

و الحق أن التفكيك لا معنى له، فان القبض بالنسبه الى الاقباض نسبه الوجود بالنسبه الى الايجاد، و الفرق بين الامرين

بالاعتبـار. نعم كمـا ذكرنـا يمكن أن يترتب حكم على فعـل البـائع. فانقـدح بما ذكرنا أن القبض لا يحصل الا بفعل المشترى، و الروايه لا يعول عليها لضعف سندها.

ثم انه هـل يكون القبض فى الكيل و الوزن أن يكال أو يوزن، و ربما يقال بأن القبض فيهما الكيل و الوزن، و المنشأ لهـذا القول جمله من الروايات «۳».

و يمكن تقريب المدعى بأحد وجهين:

أحدهما- ان هذه النصوص تدل على اعتبار الكيل و الوزن فى البيع،

---

(۱) المستدرک الباب ۹ من أبواب الخيار، الحديث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۰ من ابواب الخيار، الحديث ۱.

(۳) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۶ من أحكام العقود، الحديث ۱ و ۲ و ۳ و ۴.

...

و من الظـاهر أنه ليس بلحـاظ اعتبارهمـا فى صـحه البيع، و الاـ لم يكن وجه للتفرقه بين التوليه و غيرها، و حيث أن الاجماع قائم على الجواز بعـد القبض يعلم أن الكيل و الوزن عباره عن القبض. و هذا التقريب واضح الفساد، فان الظاهر من هذه النصوص أن الشـرط فى صـحه بيع المكيـل و الموزون أن يكـال و يوزن اذا كـان قبـل القبض الاـ أن يكون الـبيع توليه فنلتزم بفسـاد البيع فى المكيـل و الموزون اذا لم يقبض و لم يكـل و لم يزن الاـ بنحو التوليه، و أما لو وزن أو كيل يصـح البيع لكن لا يترتب عليه آثار القبض.

و أفتى سـيدنا الاسـتاذ دام ظله بهـذا النحو فى منهاجه فى فصل التسـليم و القبض فى المسأله الخامسه، قال: من اشترى شـيئا و لم يقبضه فان كان مما لا يكال و لا يوزن جاز بيعه قبل قبضه، و كذا اذا كان مما يكال

أو یوزن و کان البیع برأس المال، و أما لو کان بربح ففیه قولان أظهرهما المنع.

سیجی ء عنوان المسأله مستقلا و نقول هناک بأن الظاهر من الروایات أن اعتبار الکیل و الوزن بلحاظ القبض، و بعباره أخری ندعی أن المستفاد من الروایات أن الکیل و الوزن مقدمه للقبض لا أن الکیل و الوزن لهما خصوصیه و موضوعیه.

فانتظر.

ثم ان اشتراط الکیل و الوزن فی صحه البیع فی المکیل و الموزون قبل القبض یکون بنحو الموضوعیه، بحیث لو علم المقدار یکون شرطا أیضا أو یکون بنحو الطریقیه؟ أفاد الشیخ قدس سره لیس فی کلام الاصحاب تعرض لهذه الصوره، کما أن النص لیس فیه تعرض لها.

و یرد علیه: أنه یکفی للتعرض الاطلاق، فان المستفاد من خبر ابن وهب و أمثاله أنه لو اشتری طعاما لا یجوز بیعه قبل القبض الا بعد الکیل أو الوزن،

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۸۸

قوله: القول فی وجوب القبض (۱).

و مقتضی الاطلاق عدم الفرق.

[القول فی وجوب القبض]

اشاره

أقول: یجب علی کل من المتعاملین تسلیم ما استحقه الاخر، و ذلک لاقتضاء العقد، بتقریب: ان العقد یقتضی تملک منهما ما انتقل الیه و یجب علی أحد تسلیم مملوک الغیر فان الناس مسلطون علی أموالهم فلا یجوز حبس مال الغیر بلا رضاه.

و یمکن الاستدلال للمدعی بدلیل وجوب العمل بالشرط، فان بناء العقلاء علی تسلیم ما یقع علیه العقد. و بعباره أخری: الاقباض شرط ضمنی ارتکازی، فأصل وجوب الاقباض مما لا اشکال فیه. و علیه لو امتنع کل منهما عن الاقباض یجوز اجباره لا من باب وجوب الامر بالمعروف بل من باب أنه غاصب و حبس حق الغیر فیجوز أن ینوب عنه الحاکم اذ هو ولی الممتنع، انما الکلام فی أنه

هـل يجب التقـابض من الجـانبين أو يجب الاقبـاض أولاـ من البـائع. ربما يقال بأنه يجب عليه، اذ الثمن تابع للمبيع، و لان اطلاق العقد ينصرف اليه، و لأنه انما يستقر البيع باقباض المبيع، فان المبيع لو تلف قبل القبض يكون من مال البائع.

و هـذه الوجـوه مخـدوشه، اذ لم يعلم المراد من التبعيه، فـان كـل واحـد من المـبيع و الثمن عـوض للاـخر، و أمـا الانصـراف فلا موضوع له، اذ العقد لا يدل على التسـليم بل يدل على الملكيه. و أما تقبيح العقلاء يكون من الطرفين، فان مطالبه كل منهما حقه بـدون تسـليم ما عليه مورد تقبيـح العقلاء. و أما التلف قبل القبض فهو حكم تعبـدى شـرعى و لا يرتبط بمفاد العقد، فان الملكيه تتحقق بالعقد، كما أنه لا وجه لما نسب الى بعض من وجوب التسليم على المشترى اولا، اذ لا فرق بين البائع و المشترى.

و ما يقال: من أن الثمن كلى و لا يتعين حق البائع قبل التسليم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۹

...

فـالجواب عنه: أولا يرد النقض بما لو كان المبيع كليا، و ثانيا يمكن التعيين بلا تسـليم خارجى، فانه باذن البائع بعينه، فهـذا الوجه غير سديد.

و ربما يقال: بأن التسليم من طرف البائع قبل تسليم المشترى يوجب فوات حقه من الخيار.

و يرد عليه: أولا ان الحق لا يفوت، اذ الخيار يثبت بعد تسليم الثمن.

و ثانيا فوت الحق لا يقتضى الامساك من قبل البائع، فالحق أنه يجب التقابض كما عليه المشهور بلا تقدم أحدهما على الاخر. و عليه يكون مقتضى القاعده اجبارهما على التسليم.

و ربما يقال: بأنه لو امتنعا معا لا يجبران، لان الشرط الضمنى التسليم و الدفع عند دفع الاخر.

و يرد عليه: أنه

تاره یکون الامتناع من کلا الجانبین مطلقا، و أخری یکون امتناع أحدهما لأجل امتناع الاخر، أما علی الاول فیجوز اجبار کلیهما علی التسلیم، لان المفروض أنه حبس مال الغیر و لا یجوز ذلک، و علی الثانی لو امتنع أحدهما لأجل امتناع الاخر فلا یکون الامتناع متحققا من الطرفین، اذ المفروض أن امتناع أحدهما لأجل امتناع الاخر، و لیس مفاد الشرط الامساک حتی فی هذه الصوره. فانقدح بما ذکرنا أنه یجب علی کل منهما الدفع و یترتب علیه أنه یجبر الممتنع بلا فرق بین البائع و المشتری.

و أما لو امتنع أحدهما فهل یجب علی الاخر الدفع؟ ربما یقال بأنه یجب، اذ عصیان أحد لا یقتضی جواز ظلم من الاخر. لکنه یقال: لیس الامر کذلک، فان بناء العقلاء علی خلافه، و الشارع أمضی ما علیه العقلاء.

و یمکن أن یوجه بأن مقتضی الشرط الضمنی أن یکون العین أمانه عند کل

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۹۰

قوله: مسأله یجب علی البائع تفریغ المبیع من أمواله مطلقا و من غیرها فی الجمله (۱).

واحد منهما الی زمان تسلیم العوض، و هذا الشرط جائز و یلزم بمقتضی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

هذا کله فی المعجل، و أما لو کان أحد العوضین مؤجلا فلا اشکال فی وجوب تسلم من الطرف الاخر، فلو لم یسلم الی زمان حلول اجل الاخر فهل یجوز له الامساک أم لا؟ قال فی التذکره: لیس له الامساک، و أفاد الشیخ بأن وجهه یمکن أن یکون لأجل أن الشرط التسلیم المطلق، لکن لا یبعد أن یکون له الحبس فان مقتضی الارتکاز العقلائی ذلک، فلا یبعد أن یقال: ان حق الحبس فی مقابل الحبس عن غیر حق.

ثم انه لو قبض العین بغیر حق فلا

اشكال فى أن الطرف له أن يرده، اذ المفروض أن قبضه عن غير حق، و هل يصح تصرفه فيه؟ أما التصرف المتوقف على القبض فلا يكون بلا اشكال، و أما غيره فعلى القاعده لا مانع من صحته، و قاعده نفى الضرر متساويه بالنسبه الى الطرفين، مضافا الى ما فيها من الاشكال.

و لو فرض التسليم من أحد الطرفين تبرعا أجبر الاخر على التسليم بلا كلام.

و هل يحجر عن التصرف فيما عنده؟ الظاهر أنه لا فرق بين هذه الصوره و صوره قبض ماله بلا اذن من الطرف لوحده الملاک. فلاحظ.

[مسأله يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقا و من غيرها فى الجمله]

أقول، ان الوجوب لا اشكال فيه، غايه الامر وقع الكلام بينهم فى أن هذا الوجوب نفسى أو شرطى، فان بعض عبائرهم يوهم الثانى حيث يقولون يجب التسليم مفرغا. و الظاهر هو الوجوب النفسى، و يدل على المدعى ما مر فى وجوب التسليم، فان اشغال مملوک الغير خلاف السلطنه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۱

...

و يمكن أن يشكل: بأن الاشغال الفعلى خلاف السلطنه و أما لو كان مشغولا من السابق فلا يقتضى هذا الوجه للإفراغ، فالاولى أن يتمسک بدليل آخر، و هو أن الشرط المضمر يقتضى وجوب الافراغ.

ثم انه لو لم يفرغ البائع المبيع اما لعدم امكانه أو لعصيانه فهل يثبت الخيار للمشترى أم لا؟ أفاد الشيخ قدس سره بأنه لو كان جاهلا و كان متضررا يثبت له الخيار، و الظاهر أنه قدس سره ناظر الى حديث نفى الضرر.

و يرد عليه: انه يكفى لثبوت الخيار تخلف الشرط، مضافا الى أن حديث نفى الضرر مخدوش كما بيناه فى محله.

ثم انه لو لم يفرغ و مضت مده وفات بعض المنافع فان كان بتقصير من البائع يكون عليه الضمان، اذ المفروض

أنه يجب عليه الافراغ و ليس له حق الاشغال فأتلف مال الغير، و اما ان لم يكن مقصرا فربما يشكل الحكم بالضمان، اذ المفروض أنه غير مقصر، الا أن يقال: بأن الارتكاز العقلائى يقتضى ضمانه، كما أنه يمكن أن يقال: بأن مقتضى الشرط المضمر ثبوت الضمان.

و مما ذكرنا علم أنه لو كان فى الارض زرع قد أحصد وجبت ازالته، و أما لو لم يحصد فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يجب على المشترى الصبر للزوم الضرر على البائع، و أما ضرر المشترى فينجبر بالخيار كما لو كان المبيع مستأجره.

و يرد عليه: مضافا الى أن حديث الضرر لا يستفاد منه هذا المعنى على مسلكنا و مضافا الى أنه خلاف الامتنان بالنسبه الى المشترى على مسلك الاستاذ:

ان الخيار و ان كان ثابتا للمشترى لكن نفس هذا المعنى ضرر بالنسبه اليه، فان عدم سلطنه الانسان على ماله ضرر بنفسه، و قياس المقام بباب الاجاره مع الفارق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۲

...

اذ فى ذلك المقام انتقلت العين الى المشترى مسلوبه المنفعه، و غايه ما يترتب عليه الخيار بلحاظ الشرط المضمر، و المقام ليس كذلك كما هو واضح.

نعم لو كان المشترى عالما بالحال ليس له القلع، و لكن يمكن أن يقال:

ان فى هذه الصوره ليس له الارش أيضا، كما فى مورد الاجاره، فالامر دائر بين جواز القلع و عدم جوازه بلا أخذ الاجره فلاحظ.

و احتمل الشيخ تخيير المشترى بين الابقاء مع الاجره و الفسخ لتقدم ضرر البائع، و يمكن أن يكون الوجه فى التقديم أن ضرر المشترى يتدارك بالخيار.

و لكن يرد عليه: ان ضرر البائع يتدارك بالارش فما الوجه فى التقديم، كما أنه لا وجه لتقديم اكثر ضررا، فان الحديث

على تقدير تماميه دلالته لا يستفاد منه الا نفى الحكم الضررى، و مع التعارض لا يشمل لعدم امكان شموله، و أما تقديم الاكثر ضررا فليس عليه دليل. فانقدح انه لو أغمضنا عما ذكرناه لا يكون ما أفاده تاما كما ذكرنا.

ثم انه لو احتاج تفريغ الارض الى هدم شى ء هدم باذن المشترى و عليه طم ما يطم برضى المالك، و اصلاح ما هدم أو الارش على اختلاف الموارد بأنه لو كان مثليا فيجب الاصلاح و ان كان قيميا يجب الارش.

ثم ان المصنف أفاد: بأن المراد من الارش قيمه الهدم لا ـ ارش المعيب، و يمكن أن يكون نظره فيما ذكره الى أن الهدم حق للبائع فلا يجب عليه الارش و أما قيمه الهدم فلانه ليس له الهدم مجانا.

و يرد عليه: انه ان قلنا بأن الهدم شرط للبائع كما أنه شرط عليه فلا وجه لقيمه الهدم، و ان قلنا بأنه ليس له الهدم فلا وجه لعدم الارش.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۳

قوله: مسأله لو امتنع البائع من التسليم فان كان لحق كما لو امتنع المشترى عن تسليم الثمن فلا اثم (۱).

ثم انه لا يخفى أنه وقع الكلام بينهم فى مسأله ما لو هدم الجدار أحد الشريكين بغير اذن صاحبه، بأنه هل يجب الاعاده مطلقا أو الارش كذلك أو التفصيل بين ما لو كان مثليا فالاعاده و بين ما لو كان قيميا فالارش؟ و الحق هو التفصيل، كما هو الميزان الكلى فى باب الضمان من وجوب أداء الاقرب الى التالف.

[مسأله لو امتنع البائع من التسليم فان كان لحق كما لو امتنع المشترى عن تسليم الثمن فلا إثم]

أقول: هذا أمر ظاهر، لكن يقع الكلام فى أنه هل عليه أجره المنافع أم لا ـ؟ الحق أن يقال: انه لو استوفى المنافع يكون عليه الاجره، فانه لا وجه

للمجانيه، و أما فى غير هذه الصوره فالظاهر أنه ليس عليه الاجره، اذ تفويت المنافع فيما لو كان التفويت عن حق لا دليل على ضمانه، مضافا الى أن مقتضى الشرط المضمر أن يكون الامساك بلا أجره و على المشترى يكون نفقه المبيع.

ثم ان المحقق تعرض بالمناسبه لمسأله نفقه الزوجه فيما لا تمكن نفسها حتى تقبض المهر، و لا اشكال فى سقوط المهر اذا كان عدم التمكين لا عن حق، و أما فيما اذا كان عن حق فلا يبعد أن لا يسقط وجوب النفقه، فان المسقط للوجوب النشوز، و هو لا يتحقق مع الحق. و تحقيق الحال موكول الى محله من كتاب النكاح.

و أفاد الشيخ بأنه يمكن الفرق بين النفقه فى المقامين، بأن يقال: النفقه فى المقام من آثار الملكيه التى هى حاصله، و فى ذلك المقام النفقه من آثار التمكين الذى هو غير حاصل. و لكن يشكل بأن النفقه من آثار الزوجيه الا فيما يكون النشوز محققا، و المفروض انه غير متحقق.

و ربما يقال: بأنه يفصل بين الموسر و المعسر كما احتمله فى جامع المقاصد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۴

قوله: الكلام فى أحكام القبض (۱).

و المراد من الاعسار و اليسر اما يرجع الى النفقه و اما يرجع الى الثمن، و على كل حال لا وجه للتفصيل بين اليسر و العسر.

هذا كله فيما يكون الامساك عن حق، و أما لو كان عاصبا و عاديا فعليه الاجره و النفقه عليه بمقتضى صحيح «۱» ابى ولاد.

ثم انه لو طلب المشترى الانتفاع و هو فى يده، فاذا كان الانتفاع منافيا للاستيثاق فلا يجب على البائع القبول، كما أنه لو طلب منه الاحضار، اذ البائع ليس خادما له فلا

يجب، و أما لو لم يكن كذلك فلا يبعد أن لا يكون واجبا أيضا، فان مقتضى الشرط المضمر المنع المطلق حتى يقبض الثمن.

[الكلام فى أحكام القبض]

اشاره

أقول من أحكام القبض انتقال الضمان الى القابض بعد القبض، و أما قبله فالضمان على البائع. و لا يخفى أن هذا الحكم على خلاف القاعده الاوليه، و لا بد من اثباته بالدليل، و العمده فيه الاجماع و كون الحكم مسلما عندهم، و لو أغمض عما ذكر يشكل الامر، اذ فى المقام روايتان كلتاهما ضعيفه:

الاولى: النبوى «۲» «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»، و هذه الروايه ضعيفه بالارسال.

الثانيه: ما رواه «۳» محمد بن عبد اللّه بن هلال عن عقبه بن خالد عن أبى عبد اللّه عليه السلام، و هذه الروايه أيضا ضعيفه بمحمد بن هلال، فانه لم يوثق. و لكن الظاهر أن أصل الحكم من المسلمات عندهم، و لذا أفتى سيدنا الاستاذ فى منهاجه بهذا النحو، مع أنه دام ظله لا يعبأ بالروايه الضعيفه و لا يرى انجبارها بالعمل

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۱۷ من كتاب الاجاره، الحديث ۱.

(۲) المستدرك الباب ۸ من أبواب الخيار.

(۳) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۰ من ابواب الخيار، الحديث ۱.

...

فأصل الحكم مما لا اشكال فيه، انما الكلام فى أمور:

(الاول) ان هذا الضمان ضمان معاوضه أى يتلف من مال البائع، فان الظاهر من قوله صلى اللّه عليه و آله «من مال بايعه» و قوله عليه السلام «من مال صاحب المتاع» فى الروايه يدل على أن التالف من مال البائع، فيكون المقصود انفساخ العقد و دخول العين فى ملك البائع و تلفه من كيسه، لكن مقتضى القاعده أن الضروره تتقدر بقدرها

فلا يحكم بالانفساخ الا آنا ما قبل التلف.

(الثانى) ان الظاهر أن هذا حكم شرعى تعبدى و ليس حقا فلا يكون قابلا للإسقاط، و لو شك فى أنه حق قابل للإسقاط أم لا يحكم بعدمه، فان مقتضى الاصل عدم سقوطه الا أن يرجع الى استصحاب بقاء الحكم الكلى الذى لا نقول به، لكن اطلاق الدليل كاف فى المدعى، فان مقتضى صحه البيع و وجوب الوفاء بالعقد بقاؤه الا فيما قام الدليل على انفساخه و ارتفاعه.

ثم انه يقع الكلام فى أن هذا الملك حقيقى أو تقديرى، و الحق هو الاول.

ان قلت: هذا ينافى صحه العقد.

قلت: الانفساخ كالفسخ لا ينافى صحه العقد بل يؤكدها، و أما لزوم العقد فمعناه عدم انفساخه بالفسخ، و المفروض ان الانفساخ بحكم الشارع، مضافا الى أنه بعد اقامه الدليل نلتزم بالجواز فى بعض الصور، و الحاصل ان المرجع الدليل.

ان قلت: هذا ينافى التسلط على النفس، فان دخول شى ء فى ملك الانسان خلاف سلطانه.

قلت: أولا ينتقض بالارث، و ثانيا ان الشارع ولى الكل و لا معنى لهذا الاشكال.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۶

...

ان قلت: هذا خلاف تسلط الناس على أموالهم.

قلت: يظهر الجواب مما سبق، فلاحظ.

ان قلت: هذا ينافى قاعده الخراج بالضمان، فانه كيف يمكن أن يكون الضمان على البائع و الحال ان الخراج للمشترى.

قلت: أولا ان هذه القاعده ليست تحته شى ء لا سندا و لا دلاله، مضافا الى أن التخصيص اذا كان عن دليل فلا يتوجه به شى ء كما هو ظاهر، و هل يكون أثر بين القولين أم لا؟ الحق هو الاول، فانه لو قلنا بالتلف الحقيقى يكون المال داخلا فى ملك من تلف العين فى ملكه، فيترتب عليه أحكامه أعم من أن

يكون نفعا أو ضررا.

ثم انه هل يلحق بالتلف الحقيقى التلف الحكمى- و هو تعذر الوصول- كما لو سرق على وجه لا يرجى عوده أم لا؟ اختار الشيخ قدس سره الاول، و عليه حمل روايه عقبه بن خالد. لكن الحق أن الجزم بما ذكره قدس سره مشكل، فانه كيف يمكن صدق التلف على ما لا يكون تالفا، و عليه شمول الحكم له فى غايه الاشكال.

ان قلت: ان لم يكن ما ذكر ملحقا بالتالف فبأى وجه نلتزم بضمان من أتلف مال الغير بهذا النحو، بأن ألقى دره زيد فى البحر و لا يرجى وصولها، و قاعده بدل الحيلوله ليس عليها دليل.

قلت: انما نلتزم بالضمان من باب حكم العقلاء الذى هو المرجع فى باب الضمانات.

ثم هل يترتب أحكام القبض على القبض غير الشرعى كما لو قبضه المشترى بدون رضى المالك؟ الظاهر أنه يترتب لصدق القبض و لو كان حراما، و أما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۷

...

الكيل فلو قلنا بأن المستفاد من الدليل ان القبض مشروط بهما لا يترتب الاثر بدونهما، و ذلك لأنه يستفاد من الدليل أن الموضوع للحكم فرد خاص منه.

و مما ذكر يظهر الحال فى التخليه و النقل و وضع المشترى يده على المال، فانه لو صدق القبض عرفا و لم يشترط فيه شى ء شرعا يترتب عليه الاثر و الا فلا.

هذا تمام الكلام فى التلف، و اما الكلام فى الاتلاف فيقع فى ثلاثه موارد:

(المورد الاول) فى اتلاف البائع، و الاقوال فيه ثلاثه، فعن المبسوط و التحرير و الشرائع أنه بحكم التلف لشمول النقص و اطلاقه.

و يرد عليه: أن التلف منصرف الى التلف القهرى و لا يشمل الاختيارى، فيعمل على طبق القاعده الاوليه من كون المتلف

ضامنا للمثل أو القيمه. نعم للمشترى فسخ العقد، فيكون له العوض المسمى.

هذا فيما يكون الاتلاف عن عمد، و أما لو كان عن غير عمد- كما لو كان نائما و تلف المبيع بوقوع رجله عليه- فهل يكون هذا القسم من الاتلاف خارجا عن منصرف الدليل؟ لا يبعد أن يقال بالانصراف، و لو شك فى الانصراف و عدمه فالمرجع اطلاق دليل الضمان بالمثل و القيمه.

و قول بالتخيير بين المطالبه بالقيمه و المطالبه بالثمن، و استدل عليه تاره بأن دليل الانفساخ منصرف عن المورد، يكون للمشترى الاخذ بالمثل و القيمه لتحقق سبب الضمان و يكون له الخيار لتعذر التسليم، و أفاد الشيخ بأن هذا هو الاقوى و نسبه الى جمله من الاساطين، و اما لحصول سبب الانفساخ و سبب الضمان فله اختيار أيهما شاء.

و يرد على الوجه الثانى: أنه لا يمكن الجمع بين الامرين حتى يثبت التخيير

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۸

...

فان دليل كل مبيع لو شمل المقام فلا مجال للمثل أو القيمه و ان لم يشمل فلا موضوع للانفساخ.

و يرد على الوجه الاول: ان ما أفيد و ان كان صحيحا لكن الصحيح أن يعبر بأن للمشترى الخيار بين أخذ المثل أو القيمه و بين الاخذ بالخيار و الرجوع بالمسمى، و قول بضمان البائع، اذ الدليل بعد عدم شموله للمقام يكون مقتضى القاعده ضمان المتلف. و هذا هو الصحيح، لكن للمشترى أن يأخذ بالخيار لتعذر التسليم. و اختصاص خيار تعذر التسليم بصوره بقاء العين لا وجه له، اذ هذا الخيار ناش عن الشرط المضمر، و لا فرق فيه بين بقاء العين و تلفها.

(المورد الثانى) فى اتلاف المشترى. أفاد الشيخ قدس سره بأن الظاهر أنه لا خلاف فى

أن اتلافه بمنزله القبض فى سقوط الضمان. و استدل عليه بالإجماع.

و يمكن أن يستدل بالانصراف، و بعد عدم شمول الدليل يعمل على طبق القاعده الاوليه و مقتضاها كون دركها عليه. هذا فيما يكون عالما، و أما ان كان جاهلا- بأن قدم البائع الطعام اليه فأكله- فربما يقال بأنه ليس فى حكم الاقباض.

و الحق أن الدليل منصرف عن التلف الاختيارى و لا يشمله الدليل فلا وجه للانفساخ، غايه الامر ان كان البائع غارا له يكون قرار الضمان عليه لقاعده الغرور.

و مما ذكرنا علم أن اتلاف المشترى لا يوجب الانفساخ، أعم من أن يكون اختياريا أو غير اختيارى عن علم كان أو عن جهل بعنوان دفع الضرر عن نفسه كان أم لا، ففى جميع الصور يستقر عليه الثمن.

و أما ان كان باتلاف الاجنبى فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يجى ء الوجوه الثلاثه، و لو لا شبهه الاجماع على عدم تعين القيمه لكان مقتضى القاعده تعينها بعد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۹

قوله: مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين (۱).

انصراف الدليل عن الاتلاف. و لا يخفى أن هذا الاجماع لا يترتب عليه أثر، فالحق تعين القيمه بعد الانصراف. نعم للمشترى الاخذ بالخيار لتخلف الشرط.

ثم انه لو اختار المشترى القيمه فيما يكون له ذلك فهل للبائع حبس القيمه كما كان له حبس العين؟ ربما يقال كما فى كلام الشيخ: بأن دليل الحبس فهم من العقد و هو مختص بالبدل، و الحق خلافه، فان ما يفهم من الارتكاز العرفى العقلائى أن للبائع أن يمسك العين أو بدلها الى زمان وصول الثمن اليه، فما قواه الشيخ ضعيف.

ثم انه لو قبض المشترى بغير اذن البائع فأتلفه البائع فهل يكون كاسترداده

بأن يكون من التلف قبل القبض أو يكون من الاتلاف بعد القبض؟ الحق أنه يترتب عليه حكم التلف بعد القبض، فيكون البائع ضامنا للقيمه بمقتضى القاعده.

[مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]

أقول: ما يمكن أن يقال فى وجه الجريان أمور:

(منها) الاجماع. و فيه ما فيه، فانه عبر بلفظ لا خلاف و انه ليس اجماعا، و على تقدير كونه فهو منقول، و على فرض تحصيله يكون مدركيا.

(و منها) «۱» خبر عقبه بن خالد فانه قال فيه «فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله اليه» بناء على عود ضمير لحقه الى البائع.

و يرد عليه: أولا أن الخبر ضعيف سندا بمحمد بن عبد اللّه، و ثانيا لم يذكر فى الخبر أن الثمن شخصى و كلامهم فيما يكون الثمن شخصيا و الروايه مطلقه و ثالثا ان الضمان علق على خروج المبيع من بيت البائع و الحال أنهم لم يشترطوا فى تحقيق الضمان هذا الشرط، و رابعا لا دليل على عود ضمير لحقه الى البائع بل يمكن أن يكون عائدا الى المشترى الا أن يكون لفظ «يرد»

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۰ من أبواب الخيار، الحديث ۱.

قوله: مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه (۱).

بالتشديد، و أما مع عدمه فيكون المعنى أن البائع ضامن للمبيع قبل الخروج من البيت و بعد الخروج لا يكون ضامنا بل الضامن هو المشترى، فالروايه من جهات عديده قاصره عن الدلاله على المدعى.

(و منها) شمول النبوى، بأن يكون المراد من المبيع أعم من الثمن و المثمن.

و هذا خلاف الظاهر و لم يقم عليه دليل، فان الظاهر من هذه الكلمه هو المبيع.

و الانصاف أن الحكم فى الاصل أيضا مشكل، لعدم دليل

قوی فی البین.

و مما ذکرنا علم أن تسریه الحکم الی غیر البیع فی غایه الاشکال. نعم فی مورد الاجاره نلتزم بالنتیجه، لکن لا من باب الانفساخ بل من باب انکشاف فساد الاجاره، اذ یکشف أنه لا منفعه کی یملکها المستأجر، و لذا لا فرق فیه بین القبض و عدمه.

[مسأله لو تلف بعض المبیع قبل قبضه]

اشاره

أقول: لو تلف بعض المبیع فان کان مما یقسط علیه الثمن یکون من التلف قبل القبض فیکون من مال البائع لإطلاق الدلیل و ان لم یکن مما یقسط علیه الثمن کید العبد مثلا- یکون کالوصف الموجب للتعیب. و الحق أنه لا- یوجب الانفساخ و لا- یوجب الارش، اما الانفساخ فهو حکم ترتب علی المبیع، و من الواضح أن الوصف لا یکون مبیعا، و ان الارش فلا دلیل علیه فان الارش بحسب الدلیل یختص بالعیب الموجود قبل العقد.

و ربما یقال کما فی کلام الشیخ: بأن المستفاد من الدلیل أن العقد یفرض معدوما من هذه الجهه، فان کان التالف تمام المبیع یکون معناه الانفساخ کلیا و فی الجزء جزئیا، و ان کان التالف الوصف تکون النتیجه الارش و الخیار.

و فیه: ان الموضوع فی الدلیل عنوان المبیع و الوصف لا یکون موردا للبیع.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۵۰۱

قوله: الاقوی من حیث الجمع بین الروایات حرمه بیع المکیل و الموزون قبل قبضه (۱).

و ربما یقال: بأنه یثبت الارش بحدیث لا ضرر. و فیه ان الحدیث مفاده الحکم التکلیفی، و ثانیا لا یکون مثبتا للحکم، و ثالثا ان الصبر ضرر علی المشتری و أخذ الارش ضرر علی البائع و لا وجه للترجیح. فالحق أن یقال: ان العیب اذا کان بآفه سماویه فلا یترتب علیه شی ء، و ان کان بفعل أحد

فبمقتضی قاعده الضمان یکون المتلف ضامنا.

و ما فی کلمات الاعلام من أن الارش حکم تعبدی خاص ثابت بدلیله فی مورده، لا یمکن المساعده علیه، فان الضمان أمر عقلائی أمضاه الشارع و الا یلزم أن نلتزم بعدم ضمان من یوجب نقص أموال الناس و لو بلغ ما بلغ.

فالذی تحصل مما ذکر أن العیب الحادث اما بآفه سماویه و اما بفعل أحد، و علی الثانی اما بفعل البائع و اما بفعل المشتری أو بفعل الاجنبی، أما علی الاول فلا یثبت الارش لعدم الدلیل، و أما الخیار فالحق أنه ثابت بالشرط المضمر، فان البائع یلتزم بایصال المال سالما الی المشتری، و أما علی الثانی فیثبت الارش و الخیار، اما الاول فلقاعده الضمان و اما الثانی فللشرط، و أما علی الثالث فلا خیار و لا ارش، و اما علی الرابع فیثبت الضمان علی الاجنبی و یثبت الخیار للمشتری علی البائع.

[الأقوی من حیث الجمع بین الروایات حرمه بیع المکیل و الموزون قبل قبضه]

اشاره

قمّی، سید تقی طباطبایی، دراساتنا من الفقه الجعفری، ۲ جلد، مطبعه الخیام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفری؛ ج ۴، ص: ۵۰۱

أقول: و فی قبال هذا القول قول بالکراهه، و الاخبار «۱» الوارده فی المقام ثلاث طوائف:

(منها) ما دل علی النهی مطلقا، کالروایه الخامسه من هذا الباب، فانه یدل

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۵۰۲

...

علی عدم جواز بیع الطعام قبل الکیل.

(و منها) ما یدل علی الجواز مطلقا، کالروایه السادسه من هذا الباب.

(و منها) ما یفصل فیه بین التولیه فحکم بالجواز و بین غیرها فحکم بالمنع، کالروایه الاولی من هذا الباب، و مقتضی حمل المطلق علی المقید ما أفاده الشیخ قدس سره.

ثم ان هذا الحكم مختص بالمكيل

و الموزون، و أما فی غیرهما فالصحه علی القاعده. مضافا الی أنه تستفاد الصحه من روایات الباب بالمفهوم فی بعضها و بالمنطوق فی بعضها الاخر.

ثم ان الظاهر من روایات الباب الحرمه الوضعیه، فانها الظاهر من النهی فی باب المعاملات. ثم انه هل یختص هذا الحکم بالمبیع الشخصی أم یعم الکلی؟ الظاهر هو الثانی لإطلاق روایات الباب.

ثم انه لا یخفی أن الظاهر من النصوص الوارده فی المقام أن المعتبر فی البیع القبض فلو حصل القبض لا یعتبر الکیل أو الوزن، کما أنه مجرد الکیل و الوزن بلا قبض لا أثر لهما. و ملخص الکلام أن الظاهر من النصوص أن المیزان بالقبض، و انما عبر بالکیل و الوزن لأنهما یتحقق بهما القبض خارجا.

و ینبغی التنبیه علی أمور:

(الاول) انه هل یلحق الثمن بالمثمن فی هذا الحکم أم لا؟

لا اشکال فی أنه لو لم یقم دلیل علی التسریه لکان مقتضی القاعده عدم اللحوق، فان اللحوق یحتاج الی الدلیل لا عدمه کما هو ظاهر. و ربما یقال: بأن الملاک مشترک، و هو ضعف الملکیه قبل القبض، و لا اشکال فی ضعف هذا الوجه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۵۰۳

...

و ربما یستدل علی الالحاق «۱» بما رواه الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام فان المستفاد من الروایه بمقتضی التعلیل ان کل ما یکال لا یجوز بیعه قبل القبض.

و فیه: أولا انه مخصوص بالمکیل، و ثانیا ان ما یستفاد منه أن کل مبیع یکال لا یجوز بیعه قبل القبض لا أن کل ما یکال لا یجوز بیعه قبل قبضه، مضافا الی أنه یحتمل أن یکون المراد من الروایه عدم قبض الشریک حصته من الشرکاء فیکون خارجا عن المقام.

و استدل علی عدم اللحوق بما رواه «۲» ابن شعیب عن أبی عبد اللّه علیه السلام.

و یرد

عليه أولا: انه حكم وارد فى مورد خاص و القياس على خلاف القاعده و ثانيا ان الثمن المذكور فى الروايه الدرهم و الكلام فى الطعام، و ثالثا انه لم يفرض جعل الثمن مبيعا بل الظاهر جعله ثمنا و الكلام فى المبيع، و رابعا انه مطلق نرفع اليد عن اطلاقه بالدليل. فالعمده عدم المقتضى للإلحاق.

(الثانى) انه هل يختص هذا الحكم بالبيع أو يجرى فى غيره؟

الظاهر هو الاول، لعدم الوجه للإلحاق، و كلمات القوم فى المقام مختلفه، و العمده الادله و مقتضاها الاختصاص.

(الثالث) انه هل المراد من المبيع المنهى ايقاع البيع عليه

أى على ما لم يقبض أو يعم تشخيص المبيع الكلى عليه؟ أفاد المصنف بأن الظاهر من النص و الفتوى الاول و نفى البعد عن الثانى. و الحق كما أفاده قدس سره أن الظاهر هو الاختصاص سيما بلحاظ ما فصل فيه بين التوليه و غيرها، فان تطبيق الكلى على ما اشتراه خارج موضوعا كما هو ظاهر.

---

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١۶ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٠.

(٢) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵٠۴

...

و هل يستفاد المنع من روايه الحلبى «١» حيث منعه عليه السلام عن التصدى للبيع أم لا يستفاد؟ الظاهر هو الثانى، اذ النهى من جهه دفع الاتهام، و لذا أفاد عليه السلام فى ذيل الحديث بأنه جائز، و هل يستفاد من حديث ابن شعيب الجواز أم لا يستفاد؟ قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يكون له على الاخر أحمال من رطب أو تمر فيبعث اليه بدنانير فيقول اشتر بهذه و استوف منه الذى لك. قال: لا بأس اذا ائتمنه «٢».

أفاد الشيخ قدس سره بأنه يستفاد من هذه الروايه الجواز. و أورد عليه الايروانى قدس سره بأن هذه الروايات أجنبيه عن محل الكلام، اذ الظاهر منها التوكيل فى الاشتراء للبائع و القبض من قبله ثم استيفاء الحق منه.

و الحق أنه ليس فيه هذا الظهور المدعى فى كلامه، لكن مع ذلك لا يمكن المساعده على الشيخ، فانه لو تم المقتضى للمنع لا يكون مثل هذه الروايه معارضه لدليل المنع، اذ المستفاد منه أنه بعد تماميه

البيع و بعـد ما كان التصـرف جائزا للبائع يكون الوكيل وكيلا فى استيفاء الحق. و بعباره أخرى: ليس فى الروايه تعرض لموضوع الجواز، بل الحكم على فرض تماميه الموضوع، فالعمده منع المقتضى و ظهور دليل المنع فى البيع و لا يشمل تطبيق المبيع، و لذا لا شبهه فى جواز هبه غير المقبوض. مضافا الى أن خبر ابن شعيب لم يفرض فيه أن الاحمال من الرطب مملوكه للمديون بالبيع.

هـذا فيما يكون المبيع شخصـيا، و أما لو كان المبيع كليا فهل يكون الامر كذلك أم لا؟ أفاد الشـيخ قدس سـره بأنه لا يجرى فيه ذلك، اذ لا يتحقق الانطباق

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۱۲ من أبواب السلف، الحديث ۱.

(۲) التهذيب، الجزء ۷ الصفحه ۴۲.

...

الاـ بـالقبض ثم الاقبـاض فيخرج عن موضوع الكلاـم. و بعبـاره أخرى: ما دام لا يتحقق الكلى فى الخارج لا يمكن انطباق المبيع عليه، و تحققه فى الخارج يكون بالقبض، و به يخرج عن محل الكلام، فان الكلام فى بيع ما لم يقبض.

أقول: لو قلنا بأن الكلى فى الـذمه يتشـخص فى الخارج باذن الـدائن فباذن من له الكلى يتحقق ذلك الفرد فى الخارج بلا تحقق القبض، فيجرى عليه حكم غير المقبوض. و كيف كان أفاد قـدس سـره بأنه حيث أن الامر كذلك فلا بد من الحواله أو التوكيل أى الايفاء، لا بد من تحققه بأحد هذين الامرين فيدخل فى المسأله المعروفه، و هى أنه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الاخر فانه يكره أو يحرم على الخلاف. و قد علل فى الشرائع بأنه قبضه عماله قبل أن

يقبضه صاحبه.

و لا يخفى أنه لو كان بنحو الوكاله لا يجرى فيه الاشكال، اذ معنى الوكاله أن يقبض للمديون ثم يقبض لنفسه و هذا لا اشكال فيه الا ـ من حيث ان القابض و المقبض واحد، و هذا لا اشكال فيه. و أما لو كان بنحو الحواله فتاره نقول بأن الحواله ترجع الى جعل ما على الغير معوضا و ما على نفسه عوضا و بعباره أخرى يكون بيعا واقعا بصوره الحواله فيدخل فى المقام و لا يكون جائزا، مضافا الى أنه من بيع الدين بالدين، و ان قلنا بأن الحواله عباره عن جعل الغريم غريما لمن عليه- و بعباره أخرى جعل الغريم مقام نفسه لا أنه يتبدل أحد الامرين بالاخر- فلا يدخل فى محل الكلام، و ان قلنا بأنها مجرد وفاء الدين فيشكل الامر، حيث ان الكلى لم يتشخص بعد فى الخارج.

لكن الظاهر أنه يجوز بمقتضى النص الخاص الوارد فى المقام و قد استدل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۰۶

...

فى الحدائق به. و الانصاف أن مفاده لإثبات المقصود تام، و لو قلنا بأن الحواله تغاير البيع فلا موجب لتسريه الاشكال.

و ملخص الكلام: ان كان الاشكال مختصا بالبيع فلا ـ وجه لجريانه فى الحواله و لو قلنا بأن الموضوع مطلق المعاوضه و تكون الحواله معاوضه فيتحقق الاشكال لكن لا ـ وجه لاختصاص الاشكال بما يكون الانتقال بالبيع، بل يجرى حتى فيما لا يكون الانتقال بالبيع بل بوجه آخر من بقيه المعاوضات، كما أنه يجرى فى العوض أيضا.

(الرابع) انه ذكر جماعه بأنه لو كان على شخص دين كالحنطه مثلا فدفع دراهم الى من له الحنطه و قال اشتر بها لنفسک الحنطه لا يصح لقانون المعاوضه.

و أفاد الشيخ بأنه ينقض بالمعاطاه حيث انه يجوز أن يشترى بما أخذ بالمعاطاه مع الالتزام بالاباحه فى المعاطاه، و أيضا ينتقض بما لو اشترى شيئا بمال مغصوب مع علم البائع بالغصب،

فانه يجوز أن يتصرف فيه تصرفا يتوقف على الملك كوطى الجاريه و حيث ان المعاوضه تقتضى دخول كل من العوضين فى كيس من خرج عنه العوض الاخر.

تصدى الشيخ قدس سره لدفع الاشكال عن مورد النقض بأحد وجوه و قال:

بأنه يمكن أن نلتزم بدخول العين فى ملك الشخص فى المعاطاه قبل التصرف آنا ما أو نلتزم بأنه مع علم البائع بالغصب يكون تمليكا مجانيا، أو نلتزم بأنه لو اشترى شيئا بما أخذه من المالك يكون فضوليا و باجازه المالك الشراء و القبض يتم الامر، ففى المقام نلتزم بأن الاشتراء فضولى، غايه الامر بالاجازه تصح المعامله و باستمرار القبض يكون قبضا لماله على المالك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۰۷

قوله: مسأله لو كان له طعام على غيره فطالبه به فى غير مكان حدوثه فى ذمته (۱).

و يمكن أن يقال: بأن اللام فى قوله «اشتر لنفسك طعاما» يكون للنفع لا أن يكون الاشتراء لنفسه بل يكون الاشتراء للمالك ثم استيفاء الحق من مال المالك. و يدل عليه بعض النصوص.

أقول: العمده فى وجه الاشكال عدم تعقل المعاوضه بغير هذا الوجه، لكن قد ذكرنا سابقا بأنه لا يتقيد البيع بهذا القيد، فانه يمكن أن يشترى شيئا بمال الغير اذ يصدق عليه الاشتراء و البيع فيشمله دليل الصحه، فمن هذه الناحيه لا اشكال فيه لكن الاشكال من ناحيه أخرى، و هى أنه لو اشترى شيئا لنفسه يدخل المشترى فى كيس الغريم. و سقوط الدين عن ذمه المديون لا وجه له، اذ السقوط اما بالابراء و اما بالاداء و اما بالتبديل، و شى ء من هذه الامور لم يتحقق، فالمتعين أن نلتزم بكون اللام لام المنفعه لا الملكيه، فيشترى للمديون ثم باذنه يأخذ

المشتری.

[مسأله لو کان له طعام علی غیره فطالبه به فی غیر مکان حدوثه فی ذمته]

اشاره

أقول: فی المقام مسائل ثلاث:

(الاولی) أن یکون سلما بأن أسلفه فی المدینه فطالبه بالشام فیتراضیان بقیمه بلد المطالبه أو بقیمه بلد وجوب التسلیم،

فأفاد الشیخ قدس سره أنه لا یجوز لأنه مصداق لبیع ما لم یقبض.

و یرد علیه:

أولا- ان هذا الاشکال انما یکون له مجال فیما یقع المعامله بالبیع، و أما لو وقع المعامله بنحو آخر فلا مجال للإشکال، لان الموضوع فی دلیل النهی هو البیع.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۵۰۸

...

و ثانیا- أنه یستفاد من جمله من الروایات «۱» أن البیع من البائع جائز، انما الکلام فی أن المشتری هل یکون له مطالبه العین فی ذلک البلد أم لا. أفاد الشیخ بأنه لا اشکال فی عدم وجوب اداء العین فی بلد المطالبه، و أولی بعدم الجواز لو طالبه بقیمه بلد التسلیم.

أقول: اذ کان تسلیم العین ممکنا فی بلد المطالبه مع تساوی القیمه بین البلدین أو کون بلد المطالبه أقل من بلد المعامله فلا یبعد وجوب دفع العین کما أفاده المصنف، اذ المفروض أنه حل و التقصیر من ناحیه البائع، فانه ملزم بالدفع.

ان قلت: الشرط المضمر حین العقد یقتضی الدفع فی بلد المطالبه.

قلت: نعم و لکن البائع لا یدفع فعدم الدفع من ناحیه البائع. و ان شئت قلت: لا یستفاد من الشرط أزید من هذا المقدار، أی أن المستفاد من الشرط أن البائع غیر ملزم بأدائه فی غیر بلد المعامله، لکن علی فرض عدم تسلیمه یجبر علی دفع دینه و ما فی ذمته، و أما اذا کانت القیمه أزید فالظاهر أن الامر کذلک.

و التمسک بدلیل الضرر یرد علیه: أولا انه یختلف باختلاف المبانی، و ثانیا ان ضرر البائع بالدفع معارض بضرر المشتری بالامساک.

هذا فيما يمكن دفع العين، و أما لو لم يمكن بأن لم يكن المبيع فى الخارج فهل للدائن اجبار البائع بدفع

القيمه؟ الظاهر أنه ليس له. و ما عن العلامه من أن التسليم من قبيل القيود التى يتشخص الكلى بها و مع تعذره يصدق أن تسليم المبيع متعذر فللمشترى مطالبه القيمه أى قيمه بلد المعامله.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۱۱ من أبواب السلف.

...

و فيه: ان هذا ليس من القيود المشخصه بل شرط خارجى، و غايه ما يترتب عليه أن يكون للمشترى خيار الفسخ.

(الثانيه) انه لو كان الطعام عليه بنحو القرض لا شبهه فى جواز البيع هنا،

لعدم موضوع للإشكال المذكور، حيث أنه مخصوص بما يكون البيع واردا على بيع غير مقبوض، و أما مطالبه المثل فمع امكانه فلا اشكال فى جوازه بحسب الظاهر فيما لا يكون بلد المطالبه أزيد بل حتى فى تلك الصوره كما مر آنفا، و أما مع وجود المثل فهل له مطالبه القيمه؟ الظاهر أنه مشكل، لان المفروض أنه يمكنه دفع العين فيما بعد فلا تصل النوبه الى القيمه. لكن مع ذلك يشكل، اذ المفروض أنه مثلى فيجب المثل.

هذا بحسب القاعده الاوليه، و فى المقام نص «۱» يستفاد منه جواز المطالبه فى غير بلد القرض، لكن المفروض ليس هو القرض بل المستفاد منه الدين.

(الثالثه) أن يكون ما عليه بالغصب و هو اما يكون مثليا و اما يكون قيميا،

أما على الاول فيجوز مطالبه المثل، و مع تعذره فعلا يشكل الانتقال الى القيمه، و لو كان قيميا يجوز مطالبته بالقيمه. و الظاهر أن الميزان هى القيمه الفعليه لمكان المطالبه.

و الحمد للّه أولا و آخرا. قدتم البحث فى يوم الثلثاء الثالث من شهر جمادى الاولى من سنه ۱۳۹۸ هجريه على مهاجرها آلاف التحيه و الثناء. اللهم ارزقنا زيارته فى الدنيا و شفاعته فى الآخره. آمين يا رب العالمين.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۲۶ من ابواب الدين و القرض، الحديث ۱.

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحیم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مرکز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسک kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب في طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.